

Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil

La imparcialidad en el proceso civil: el deber de abstención. Arts. 99, 100 y 102 a 106 LEC

Marcos Loredó Colunga

Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

BARCELONA, MAYO DE 2009

*“No basta que la mujer del César sea honesta;
también tiene que parecerlo”
(Plutarco, Vidas paralelas)*

Abstract

En el presente trabajo se analizan los artículos 99, 100 y 102 a 106 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000), relativos a la imparcialidad de los diferentes profesionales que intervienen en el proceso civil, estudiando en detalle la obligación de abstenerse en los casos en que su neutralidad pueda ser cuestionada.

This paper analyzes the articles 99, 100 and 102 to 106 of the Spanish Civil Procedure Law (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; BOE núm. 7, 8.1.2007), relating to impartiality of the different professionals who take part in civil proceedings, going into details about the duty of abstention in the matters in which their neutrality can be questioned.

Title: Impartiality in Civil Proceedings: the Duty of Abstention. Articles. 99, 100 and 102 to 106 CPL

Palabras clave: Derecho procesal civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, proceso civil, imparcialidad, deber de abstención

Keywords: Civil Procedural Law, Spanish Civil Procedure Law, Civil Proceedings, Impartiality, Duty of Abstention

Sumario

1. Planteamiento: la imparcialidad en el proceso civil
2. La abstención: aspectos generales (arts. 99 y 100 LEC)
 - 2.1. Ámbito de aplicación
 - 2.2. Causas de abstención
 - 2.3. El deber de abstención
3. La abstención de los jueces y magistrados (art. 102 LEC)
4. La abstención de los secretarios judiciales (art. 103 LEC)
5. La abstención del resto de integrantes de la oficina judicial (art. 104 LEC)
6. La abstención de los peritos (art. 105 LEC)
7. La abstención de los miembros del Ministerio Fiscal (art. 106 LEC)
8. Tabla de jurisprudencia citada
9. Bibliografía

1. Planteamiento: la imparcialidad en el proceso civil

“No basta que el juez sea imparcial; también tiene que parecerlo”. Esta adaptación del proverbio clásico sintetiza en buena medida la filosofía de la institución que nos ocupa, el deber de abstención, como obligación que se impone a los profesionales que intervienen y coadyuvan en el ejercicio de la potestad jurisdiccional cuando su imparcialidad pueda estar en entredicho. De modo que, para que el proceso en sus distintas fases se desarrolle con las garantías exigibles, no resulta suficiente con que los órganos jurisdiccionales actúen con objetividad, sino que se considera igualmente esencial transmitir a la sociedad la confianza en la neutralidad de los distintos sujetos implicados en la actividad judicial.

No obstante esta estricta acotación de la materia objeto de estudio, un adecuado planteamiento del tema nos obliga a abordar la cuestión desde una perspectiva más amplia. En esta tesitura, y a partir de la concepción del proceso judicial como mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos jurídicos, se deriva que se asienta sobre la premisa básica e irrenunciable de la neutralidad del tercero llamado a poner fin a la controversia, siendo esa ausencia de interés legitimadora de su posición *supra partes*, de su *auctoritas* y del carácter vinculante de sus decisiones.

Esta consideración de la imparcialidad del órgano jurisdiccional como garantía procesal fundamental la encontramos plasmada expresamente en los principales instrumentos internacionales que se ocupan de la materia, tales como la [Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948](#) (art. 10); el [Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950](#) (art. 6.1); el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966](#) (art. 14.1); y la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, adoptada en la Primera Conferencia Mundial sobre Independencia Judicial, celebrada en Montreal el 10 de junio de 1983 (art. 2.2).

Más aún, pese a la incorporación de estos textos normativos a nuestro ordenamiento jurídico (conforme establece el art. 96.1 de la Constitución Española; en adelante, CE), el legislador ha preferido incluir previsiones específicas en nuestro Derecho interno que sirvan como complemento de ese marco internacional. Así, el art. 117 CE se inicia con la consagración de la independencia de jueces y magistrados, que se configura por tanto como una premisa ineludible para el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y esta garantía constitucional consiste, en términos generales, en la aptitud para actuar con la más amplia libertad en el enjuiciamiento, teniendo como único referente el ordenamiento jurídico cuyo respeto y aplicación se pretenden.

En este estado de cosas, más allá de la inexcusable independencia del Poder Judicial respecto del resto de poderes públicos, las exigencias de esta garantía se despliegan igualmente en el seno del propio tercer poder, de manera que se impide que tanto el resto de órganos judiciales como los propios órganos de gobierno de los jueces corrijan la aplicación o interpretación de las normas jurídicas realizada por otro juzgado o tribunal o le den instrucciones al respecto; y así lo establece

expresamente el art. 12 de la [Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) (en adelante, LOPJ).

Con todo, nos interesa en estos momentos una vertiente diversa y más concreta de la independencia judicial, cual es la referida al objeto y a las partes del conflicto; es decir, la llamada imparcialidad de juzgados y tribunales, que debe además apreciarse desde una doble perspectiva, subjetiva y objetiva. En este sentido, se proscribe tanto la existencia de relaciones personales entre los sujetos involucrados en el proceso, como el contacto previo de los profesionales del órgano jurisdiccional con la materia objeto del pleito, con la cuestión litigiosa. En todo caso, la específica exigencia de neutralidad al órgano encuentra igualmente su fundamento en sede constitucional. Ello es así porque, aunque no se contemple de forma expresa en su articulado, el derecho a un juez imparcial ha de considerarse una más de las manifestaciones del derecho a un proceso con todas las garantías, estando además en íntima conexión con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, valores todos ellos consagrados en el art. 24.2 CE.

Esta posición ha sido defendida por nuestro Tribunal Constitucional de forma reiterada. Pueden verse, por todas, las siguientes resoluciones: la STC, Pleno, 12.7.1988 (STC 145/1988; MP: Ángel Latorre Segura); la STC, 1ª, 26.9.1988 (STC 164/1988; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y la STC, 1ª, 17.1.2005 (STC 9/2005; MP: Javier Delgado Barrio).

En consonancia con este planteamiento, nos encontramos entonces con que la imparcialidad judicial se configura en nuestro sistema como un derecho fundamental, susceptible por tanto de protección en sede de amparo constitucional (previo agotamiento de la vía judicial) y que ha sido en este sentido convenientemente desarrollado, delimitado y dotado de contenido por el Tribunal Constitucional a lo largo de los últimos casi treinta años. A estos efectos, el intérprete máximo de nuestra Constitución se hace ecológicamente de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, pues sus posiciones se insertan en nuestro ordenamiento interno por mor del art. 10.2 CE, orientando en consecuencia la interpretación y aplicación de esta garantía en los supuestos concretos.

En este sentido, cabe destacar, por su intensa proyección posterior, la STEDH, 1.10.1982 (TEDH 19\82\6) y la STEDH, 26.10.1984 (TEDH 19\84\16), resoluciones en las que se sientan las bases relativas al contenido y tratamiento de la imparcialidad del órgano judicial.

Por supuesto, las diversas premisas hasta el momento expuestas encuentran reflejo expreso en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha manifestado en los siguientes términos en el FJ 3º del reciente ATC, Pleno, de 5.2.2007 (ATC 26/2007):

“La garantía de un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional. La imparcialidad judicial aparece así dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio”.

Tratando a continuación de acotar el sentido de la imparcialidad y su traducción práctica, resulta muy ilustrativo el contenido de la STC, Pleno, de 17.3.2001 (STC 69/2001; MP: Guillermo Jiménez Sánchez), en cuyo FJ 16º se recogen las siguientes afirmaciones:

“Esta sujeción estricta a la ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. Y esa obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra”.

En esta tesitura, no cabe sino constatar que el tratamiento de este tema por el Tribunal Constitucional ha sido determinante, pudiendo destacarse algunos puntos esenciales de su doctrina, fielmente acogida en términos generales por el resto de órganos jurisdiccionales.

Así, partiendo de que la imparcialidad se presume, su ausencia ha de demostrarse, de manera que el apartamiento de un sujeto en relación con un asunto concreto debe ampararse en la acreditación de datos objetivos que justifiquen que ese profesional no es totalmente ajeno al pleito, en sospechas fundadas de un comportamiento parcial o interesado a lo largo del proceso, ya que los recelos en relación con la idoneidad del juez deben probarse en todo caso, no basta la mera afirmación (FJ 19º de la STC, Pleno, 17.3.2001 [STC 69/2001]).

En los términos del ATS, Sala Especial, 16.12.1997 (RJ 1998\930; MP: José Luis Bermúdez de la Fuente), FJ 2º: “la posible desconfianza, para que sea capaz de apartar a un Juez del conocimiento de un asunto que le esté legalmente atribuido, tiene que nacer de datos objetivos racionales y equilibradamente interpretados y no ser, en modo alguno, fruto de caprichosas conjeturas o interesadas desfiguraciones de la realidad [...] la sospecha infundada de su parcialidad no debe ser motivo suficiente para apartarle del proceso por la sencilla razón de que una tal sospecha no basta para que “parezca” parcial”.

En el mismo sentido puede verse el AAP A Coruña, Civil 4ª, 9.6.2006 (AC 2006\1326; MP: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández), FJ 2º.

También ahonda la jurisprudencia en la distinción entre la perspectiva subjetiva y objetiva, como puede apreciarse en la STC, 2ª, 27.9.1999 (STC 162/1999; MP: Tomás Vives Antón), FJ 5º:

“La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. [...] La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto [...]; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”.

De modo que la garantía de imparcialidad requiere no sólo la imparcialidad subjetiva (ausencia de prejuicios en el sujeto), sino una apariencia de imparcialidad o imparcialidad objetiva, que deriva de la percepción del justiciable al respecto. Con todo, no puede entrar a considerarse si el sujeto afectado sería o no parcial en el caso concreto, pero para evitar dudas al respecto, se le

aparta del asunto. Se trata de dar cabida a las sospechas razonable de parcialidad, sin llegar a valorar si el sujeto afectado por la causa podría ser efectivamente imparcial en el caso concreto, y así se recogió en la STC, 2ª, 19.4.1993 (STC 119/1993; MP: Carles Viver Pi-Sunyer):

“No se trata de poner en duda la rectitud personal de los Jueces en los casos que concurra o pueda concurrir una causa de recusación objetiva, sino en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse de conocer todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables y la sensibilidad de los ciudadanos en lo relativo a las garantías de una buena justicia”.

Por tanto, la separación del profesional en relación con un asunto concreto no debe concebirse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada en prevención, para eliminar recelos y sospechas, evitando una posterior acusación de parcialidad, y ello sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro tipo en que pudiera incurrir incumpliendo a sabiendas, por exceso o por defecto, su deber de abstención. De modo que se persigue apariencia de imparcialidad determinando supuestos en que se aparta al sujeto para evitar sospechas, dudas o recelos, sin que ello signifique que no fuera perfectamente posible que su actuación no se dejara afectar en la práctica por esa conexión. Igualmente se trata de evitar que el propio sujeto se sienta presionado o condicionado, o pueda ver cuestionadas sus decisiones por presunta parcialidad aunque no se haya visto realmente afectado en la práctica y haya actuado y decidido con la mayor objetividad posible.

Con todo, y conforme hemos apuntado, en el texto constitucional no podemos encontrar sino la consagración indirecta de la garantía de la imparcialidad, pero no aparece referencia alguna ni al alcance de esta exigencia ni a los mecanismos específicos para la protección de este derecho fundamental. Esta cuestión debía entonces ser abordada por el legislador ordinario, tratándose por tanto de un derecho de configuración legal.

Y el legislador ha optado por la vía de la objetivación, es decir, por la determinación de los situaciones, causas o circunstancias que permiten cuestionar razonablemente la imparcialidad del juez, de manera que, concurriendo cualquiera de dichos supuestos, se establecen dos vías complementarias que permitan articular el apartamiento de dicho profesional en relación con el caso concreto. Estos dos instrumentos son la abstención y la recusación, mecanismos complementarios que permiten el apartamiento del juez sobre el que recae la sospecha de parcialidad. En la abstención el propio afectado promueve voluntariamente su separación del caso; en la recusación es una de las partes del proceso quien insta el apartamiento forzoso, que puede igualmente ser admitido por el recusado y que depende, en todos los supuestos, de la decisión que adopte el órgano competente. Diferente filosofía, pero resultados equivalentes, y preceptividad de la recusación para poder invocar en amparo la vulneración del derecho fundamental.

De modo que, pese a la evidente relevancia constitucional, abstención y recusación no están reguladas (ni siquiera previstas) en nuestra Constitución. Muy al contrario, ha sido el legislador ordinario quien se ha ocupado de desarrollar ambas instituciones sin perjuicio del ulterior control

por parte del TC en su caso. Es por ello que el régimen general común de la abstención y la recusación para nuestro sistema judicial se encuentra en los arts. 217 a 228 LOPJ, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de LOPJ. En estos artículos se establecen tanto las causas de abstención y recusación (que son coincidentes), como las normas procedimentales básicas que serán de aplicación a los distintos órdenes jurisdiccionales. El establecimiento de los aspectos básicos en la LOPJ debe considerarse acorde con el mandato constitucional contenido en el artículo 122.1 CE, en relación con el 81.1 de la misma norma, que remite a la Ley Orgánica la regulación de las cuestiones esenciales sobre el estatuto jurídico de jueces y magistrados (entre las que deben incluirse, sin duda, las causas de abstención y recusación y las reglas para la tramitación de los correspondientes incidentes), sin perjuicio de las necesarias especialidades en cada orden jurisdiccional.

Por su parte, las leyes procesales ordinarias se limitan a recoger algunas especificidades para cada proceso (básicamente el órgano competente), en todo caso sobre la base de la normativa contenida en la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#) (en adelante, LEC), que opera también en este caso como supletoria respecto del resto de órdenes jurisdiccionales. Así, los arts. 99 a 128 y concordantes LEC, que completan las previsiones de la LOPJ para el proceso civil, resultan igualmente de aplicación al resto de órdenes. En este sentido, puede afirmarse que la supletoriedad de la LEC refuerza su consideración como continente de “una Parte General del Derecho Procesal” (GUTIÉRREZ CARBONELL y CALAZA LÓPEZ, 2007, p. 6).

Véanse al respecto los arts. 4 LEC; 15 del [Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL); 54 del [Real Decreto de 14 de septiembre de 1882](#), por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim); y la DF 1ª de [Ley 29/1998](#), de 27 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LRJCA); previsiones todas ellas que remiten en cuanto a las causas de abstención y recusación a la normativa de la LOPJ (aplicable a todos los supuestos) y en lo referente al procedimiento al régimen de la LEC, introduciendo únicamente las lógicas especificidades en relación con el órgano competente para aceptar la abstención o resolver sobre la recusación planteada.

La LEC supuso en su momento un importante cambio de rumbo que ha marcado el devenir posterior. En la propia Exposición de Motivos se deja constancia de que la regulación de la materia significaba un punto de inflexión, hasta el extremo de que su contenido resultaba inicialmente incompatible con las previsiones al respecto contenidas en la LOPJ. Siendo esto así, entre las disposiciones finales de la propia LEC se recogió un régimen transitorio aplicable a estas cuestiones, de manera que no procedería la aplicación de los arts. 101 a 119 LEC respecto de la abstención y recusación de jueces y magistrados y secretarios judiciales, ni el apartado segundo de la DF 11ª (modificación de la LPL), ni los apartados 1, 2, 3 y 4 de la DF 12ª (modificaciones en la LECrim), en tanto en cuanto no se procediera a la preceptiva reforma de la LOPJ para compatibilizar las previsiones de ambos cuerpos legales.

Ello no obstante, esta situación interina se vio finalmente superada en virtud de la ya mencionada Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de LOPJ, en virtud de la cual se acomete una nueva redacción del capítulo dedicado a la abstención y la recusación. La entrada en vigor de esta reforma se tradujo igualmente en la efectiva aplicación de las previsiones al respecto contenidas en la LEC, en esencia coincidentes.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, dos son entonces los mecanismos previstos para garantizar la imparcialidad del juez, la abstención y la recusación, que se conciben no como vías alternativas y excluyentes, sino como instrumentos complementarios que pueden combinarse de formas diferentes para poder avalar la imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional. Así, el funcionamiento normal del sistema determinaría que el propio juez se abstuviera en caso de concurrir motivo suficiente, y eso es lo que debemos esperar del profesional, por ser quien está en mejor posición para conocer su situación personal y concebirse la abstención como un deber expresamente impuesto por la norma (arts. 217 LOPJ y 100.1 LEC).

Con todo, veremos que la abstención debe ser aceptada por el órgano correspondiente, de manera que se trata de evitar abstenciones interesadas o injustificadas que resultarían contrarias al derecho al juez predeterminado por la ley. Rechazándose dicha abstención o no habiéndose producido, siempre queda la posibilidad de que cualquiera de las partes promueva el incidente de recusación. Más aún, puede afirmarse que, como la parte no tiene entrada en el trámite de aceptación de la abstención, podría incluso invocar la misma causa ya rechazada a través de la recusación, y ello porque sus alegaciones y eventuales pruebas podrían en esa ocasión provocar una decisión estimatoria.

Abstención y recusación operan por tanto de forma diversa, pero persiguiendo en ambos casos idéntica finalidad –la exclusión para el pleito del sujeto en que concurre causa legalmente prevista que permite cuestionar su imparcialidad–, bien porque él mismo inste su apartamiento, bien porque cualquiera de las partes provoque su marginación forzosa ante la falta de iniciativa del implicado a estos efectos. De modo que no puede ser apreciada de oficio por un sujeto distinto que el propio afectado, quien si no se abstiene incurrirá en su caso en la responsabilidad correspondiente. Esta consecuencia negativa encuentra igualmente un equivalente en relación con las partes, ya que promover recusación sin causa puede provocar imposición de costas e incluso de multa si se aprecia mala fe (art. 112.1 LEC), cuestiones todas ellas en las que profundizaremos a lo largo de nuestro trabajo.

2. La abstención: aspectos generales (Arts. 99 y 100 LEC)

TÍTULO IV.- DE LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN

CAPÍTULO I.- DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 99. Ámbito de aplicación de la Ley y principio de legalidad.

1. En el proceso civil, la abstención y la recusación de Jueces, Magistrados, así como la de los miembros del Ministerio Fiscal, los Secretarios Judiciales, los peritos y el personal al servicio de la Administración de Justicia, se regirán por lo dispuesto en este Título.

2. La abstención y, en su caso, la recusación de los indicados en el apartado anterior sólo procederán cuando concurra alguna de las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención y recusación de Jueces y Magistrados.

CONCORDANCIAS: arts. 217, 219, 446.1 y 499 LOPJ; arts. 188, 189, 190 y 234 del [Real Decreto de 3 de febrero de 1881](#), de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC 1881); art. 343 LEC; art. 28 EOMF.

Artículo 100. Deber de abstención.

1. El Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.

2. El mismo deber tendrán el Secretario Judicial, oficial, auxiliar o agente judicial, el miembro del Ministerio Fiscal o el perito designado por el Juez en quienes concurra alguna de las causas que señala la Ley.

CONCORDANCIAS: arts. 217, 219, 417.8, 418.15, 420, 446, 499, 536.A.13, 536.B.14 y 538 LOPJ; arts. 190 LEC 1881; arts. 99 y 102 a 106 LEC; arts. 28, 62.8, 63.11 y 66 EOMF; arts. 3.1, 144, 146, 154.13, 155.14, 160 y 162 del [Real Decreto 1608/2005](#), de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (en adelante, ROCSJ); arts. 7.m), 8.n), 12 y 13 del [Real Decreto 796/2005](#), de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia (en adelante, RRDPAJ)

La regulación específica de la abstención y la recusación para el proceso civil se inicia con un capítulo en el que se recogen las disposiciones generales relativas a ambas instituciones. Este apartado se compone únicamente de tres artículos, si bien en este momento vamos a ocuparnos exclusivamente de los dos primeros, que se limitan a determinar el ámbito de aplicación de estas previsiones, a remitir a la LOPJ en cuanto a las causas y a establecer el deber de abstención.

2.1. Ámbito de aplicación

Sin perjuicio del ya reiterado carácter supletorio de la LEC, el estricto ámbito objetivo de aplicación de la regulación en ella contenida es exclusivamente el proceso civil, entendido éste en sentido amplio y comprensivo de las distintas actuaciones que puedan desarrollarse a lo largo del mismo, desde las diligencias preliminares hasta la completa finalización de la ejecución.

Mayor relevancia implica la determinación del ámbito subjetivo, ya que, en contra de lo que pueda deducirse del análisis realizado hasta el momento, la imparcialidad ha de predicarse no sólo del personal jurisdiccional, sino que se extiende a los distintos sujetos que prestan servicio en los órganos jurisdiccionales (jueces, magistrados, secretarios judiciales y demás funcionarios de la oficina judicial) e, incluso, a otros profesionales que pueden intervenir en el proceso civil (como son los peritos o los representantes del Ministerio Fiscal), ya sean funcionarios de carrera,

sustitutos o interinos, de modo que todos ellos deberán abstenerse o podrán ser recusados cuando se cuestione razonablemente su neutralidad en el pleito.

El fundamento de esta amplia acotación podemos ubicarlo en una concepción rigurosa del derecho al juez imparcial, que no puede considerarse restringido al titular o titulares del órgano jurisdiccional, sino inclusiva de todo el personal que presta servicios en el mismo y que tiene una intervención más o menos relevante según sus responsabilidades, pero que en todo caso ostenta una capacidad de decisión que debe adecuarse a las exigencias de la imparcialidad. Por su parte, la objetividad del perito es una exigencia expresa del art. 335.2 LEC. Y, en relación con el Ministerio Fiscal, pese a su condición de parte procesal, la imparcialidad se concibe expresamente como principio inspirador de su actuación, y así se recoge tanto en el art. 124.2 CE como en los arts. 2.1 y 7 EOMF, afirmándose que debe actuar “con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados” (art. 7 EOMF).

De otro lado, en lo que atañe a jueces y magistrados, huelga decir que se trata de una concepción amplia del personal jurisdiccional, de manera que no se restringe a los integrantes de la Carrera Judicial, sino también a los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 80 de la [Ley Orgánica 2/1979](#) de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; en adelante, LOTC), a los jueces sustitutos (art. 212.2 LOPJ), a los magistrados suplentes (art. 200.3 LOPJ), a los jueces en situación de provisión temporal (art. 432.1 LOPJ), a los jueces de paz (el art. 1 del [Reglamento 3/1995](#), de los Jueces de Paz) e, incluso, a los miembros legos integrantes de un tribunal del jurado (arts. 8 a 12, 21 y concordantes de la [Ley Orgánica 5/1995](#), de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; en adelante, LOTJ), supuestos todos ellos en que se remite al régimen establecido para los integrantes de la Carrera Judicial en la LOPJ y, en su caso, en la LEC.

En última instancia, podemos incluso hacer referencia al arbitraje privado, en cuanto que se extiende igualmente a los árbitros la exigencia de imparcialidad, conforme establecen los arts. 17 y 18 de la [Ley 60/2003](#), de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), que prevén también la abstención o recusación de los árbitros cuando concurran causas que puedan hacer dudar de su imparcialidad.

2.2. Causas de abstención

Conforme se ha indicado anteriormente, la exigencia de imparcialidad del órgano jurisdiccional se encuentra íntimamente relacionada con el derecho al juez predeterminado por la ley, y ello hasta el punto de que debemos considerar que ambas garantías se limitan de forma recíproca. Siendo esto así, una adecuada cobertura de estos derechos debe traducirse en un sistema que permita el apartamiento de todo sujeto sospechoso de parcialidad, pero que impida dicho apartamiento sin motivo suficiente, evitando tanto las abstenciones como las recusaciones injustificadas que puedan promoverse con el espurio objeto de excluir al juez predeterminado por la ley (ATSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24.5.2007 [AS 2007\2684; MP: Félix Azón Vilas], FJ 2º).

Siendo esto así, el legislador ha optado por anudar la sospecha de parcialidad a la acreditación de determinadas circunstancias cuya concurrencia justificará el apartamiento del sujeto afectado. Estas causas se recogen para todos los sujetos indicados y los distintos órdenes jurisdiccionales en el art. 219 LOPJ, debiendo en última instancia apreciarse respecto de cada sujeto individualmente considerado, de manera que podemos encontrarnos con que la misma causa afecta a uno, varios o todos los miembros de un órgano jurisdiccional.

Como excepciones a esta regla general, debe señalarse que sólo respecto de los jurados se admite excepcionalmente la recusación sin causa (art. 40.3 LOTJ), mientras que para los árbitros no se concretan de forma exhaustiva los motivos que justifican su apartamiento, limitándose el art. 17.3 LA a señalar que procederá la abstención o recusación de los árbitros cuando concurran “circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia”. Más aún, llama la atención que en el caso del arbitraje no hay remisión a la normativa sobre el proceso judicial.

En consonancia con este planteamiento, el art. 99.2 LEC remite al mencionado precepto de la LOPJ en cuanto a los motivos que justifican la abstención y, en su caso, la recusación de los profesionales que intervienen en el proceso civil. Se consagra así la aplicación del principio de legalidad, tal y como reza el título de ese precepto.

De modo que la abstención (y la recusación) no puede en principio ampararse en cualquier situación que provoque en el sujeto duda sobre la imparcialidad, sino que se precisa inexcusablemente que se invoque alguna de las circunstancias que se indican en el indicado precepto de la LOPJ. Así, si bien la imparcialidad es un elemento subjetivo referido al juez, su apreciación trata de objetivarse al máximo, de manera que los motivos resulten de apreciación igualmente objetiva para introducir seguridad jurídica en este punto.

Al respecto, puede verse la STC, 2ª, 27.9.1999 (STC 162/1999; MP: Tomás Vives Antón), en cuyo FJ 5º se afirma lo siguiente: “Las exigencias de imparcialidad se proyectan sobre la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso, definiendo reglas y exclusiones que tratan de disipar cualquier duda legítima que pueda existir sobre la idoneidad del Juez”.

El art. 219 LOPJ recoge hasta dieciséis motivos diferentes, con un importante esfuerzo de objetivación, entre los que podemos apreciar circunstancias privadas, personales y profesionales, procesales o extraprocesales y que podemos analizar desde diferentes perspectivas. Su literalidad es la siguiente:

“Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.
2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.
3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.
5. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.
6. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
7. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
8. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
9. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
10. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
11. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
12. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
13. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
14. En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo.
15. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
16. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

Siguiendo las pautas del ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4.12.2007 (JUR 2008 127355; MP: Juan Montero Aroca), pueden distinguirse por un lado aquellos motivos que se refieren a hechos previos al proceso, que tienen lugar con independencia de que el proceso llegue a existir o no y de los sujetos que intervengan en el mismo (así la existencia de matrimonio o parentesco); éstas serían causas que afectan a la imparcialidad en sentido estricto. Encontramos igualmente situaciones derivadas de la actividad previa del sujeto concreto que podrían perjudicar a las partes, no ya por la posible parcialidad del juez, sino porque debe garantizarse su imparcialidad y la posibilidad de recurso (por ejemplo, haber participado en la instrucción o resuelto el pleito en anterior instancia); en este caso se trata de causas de

incompatibilidad, que se derivan de la distribución de funciones dentro del proceso para garantizar los derechos de las partes (en concreto, el derecho al recurso).

Ahondando en el contenido y la apreciación de estas circunstancias, procede entonces un análisis de los distintos motivos, que podemos agrupar a efectos meramente expositivos en las siguientes categorías, según que se trate de una vinculación del profesional con otro sujeto inmerso en el proceso -causas subjetivas-, o nos encontremos con una relación de el profesional con la materia litigiosa -causas que llamaremos objetivas-.

Hablaremos entonces de causas subjetivas para hacer referencia a los supuestos en que procede el apartamiento de un sujeto del órgano jurisdiccional porque mantiene una determinada relación con las partes, sus abogados y procuradores, el representante del Ministerio Fiscal, la autoridad o funcionario que dictó el acto o informó o realizó el hecho por el que se sigue el pleito, o el juez o magistrado que dictó la resolución revisada en vía de recurso o momento posterior en el proceso. Existe por tanto una vinculación personal entre los distintos sujetos implicados en el pleito que puede llevar a adoptar una decisión no inspirada en criterios objetivos, sino amparada en otras motivaciones internas.

Por el contrario, consideraremos causas objetivas a las circunstancias que ponen de manifiesto la previa conexión del sujeto con la materia litigiosa. Se evidencia entonces una relación anterior con el objeto del proceso que puede haber determinado la formación de un criterio previo o condicionado o, en todo caso, existe incompatibilidad entre las funciones desempeñadas y la intervención en el pleito actual.

Dentro de la primera categoría incluiremos las relaciones afectivas, de parentesco o profesionales entre los particulares y los sujetos del órgano que intervienen en el proceso o están involucrados en el mismo de alguna manera. En primer lugar, se alude a la obligación de abstenerse en caso de matrimonio o situación de hecho equivalente con cualquiera de los sujetos indicados. Obviamente, este tipo de relación nos permite presumir la existencia de un vínculo afectivo contrario a las más básicas exigencias de imparcialidad. Se trata en este caso de una circunstancia fácilmente acreditable, y su apreciación debe extenderse a vínculos previos, que puedan haber sido disueltos. Por otra parte, debe valorarse positivamente la equivalencia expresa entre el matrimonio y la mera unión de hecho (ya generalizada en distintas ramas del ordenamiento), pero se introduce con ello un elemento de difícil apreciación, ya que no se especifica si debe tratarse de relaciones registradas como tales o basta la mera convivencia fáctica, o, incluso, si se extiende a relaciones afectivas más o menos estables sin necesidad de cohabitación. En última instancia, este tipo de relaciones podrían reconducirse a través de la amistad íntima, pero con la precisión de que esta causa no se aprecia en principio en relación con los abogados y procuradores.

Como muestra de la aplicación práctica, podemos traer a colación el AAP Granada, Civil 4ª, 23.7.2004 (JUR 2004\255861; MP: Moisés Lazuen Alcón), que admite la abstención de un magistrado por su relación de noviazgo con la procuradora de una de las partes.

En segundo lugar, se alude al parentesco por consanguinidad o afinidad, marcando como límite el cuarto grado en relación con las partes, el representante del Ministerio Fiscal y la autoridad o funcionario que dictó el acto o informó o realizó el hecho por el que se sigue el pleito; y el segundo grado con abogados y procuradores y el juez o magistrado que dictó la resolución o actuación a valorar vía recurso o en fase posterior del proceso. Se evidencia un diferente tratamiento según el sujeto afectado, ya que se considera más relevante el parentesco con las partes, pero no se entiende entonces la referencia al Ministerio Fiscal y a ciertas autoridades o funcionarios. Por otra parte, también en relación con el parentesco se plantea un problema interpretativo, cual es la inclusión o no dentro de este concepto de la familia de la pareja de hecho, conviviente o compañero, supuesto en que no nos encontramos con una relación de afinidad en sentido estricto, aunque sí puede existir una vinculación afectiva. Estos temas habrán de ser resueltos en la práctica de acuerdo con la evolución social.

En todo caso, podemos destacar la estricta aplicación de los grados de parentesco en relación con los abogados realizada en el AAP Sevilla, Civil 5ª, 11.5.2004 (JUR 2004\199649; MP: Conrado Gallardo Correa).

Avanzando en nuestro análisis, llama la atención que el resto de las llamadas causas subjetivas hacen referencia exclusivamente a la relación con las partes del proceso y, en los pleitos en que lo sea la Administración, con la autoridad o funcionario que dictó el acto o informó o realizó el hecho por el que se sigue el pleito. Se alude entonces al hecho de ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de las partes o haber estado bajo el cuidado o la tutela de alguna de éstas. Se trata igualmente de situaciones que pueden generar una relación de afectividad que permite cuestionar la imparcialidad. En todo caso, se introduce una expresión poco clara, "haber estado al cuidado", que habrá que entender como inclusiva de distintos supuestos de guarda, acogimiento o, incluso, atención profesional.

A continuación se alude a distintas circunstancias que pueden poner de manifiesto la existencia de algún tipo de confrontación, bien por tener pleito pendiente, haber mediado denuncia o acusación entre estos sujetos, o haber resultado sancionado disciplinariamente por denuncia o iniciativa de las partes. En cuanto a la existencia de pleito pendiente, nos llama la atención el ATSJ Murcia, Sala de lo Social, Sección 1ª, 17.1.2005 (JUR 2005\37909; MP: José Abellán Murcia), que realiza una interpretación extensiva y admite la recusación al amparo de un pleito pendiente pero con la letrada de una de las partes. Por lo que respecta a la denuncia o acusación en materia penal, se exige expresamente que ésta hubiera dado lugar a la incoación de un proceso penal no finalizado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, de modo que deben ser anteriores y haber prosperado mínimamente por haber sido admitidas (en este sentido se pronuncia el AAP Madrid, Civil 21ª, 4.10.2005 [JUR 2005\252502; MP: Ramón Belo González]). Por el contrario, se ha rechazado la abstención por entender que la incoación de actuaciones de oficio no encaja en sentido estricto en este motivo (AAP Lleida, Penal 1ª, 10.5.2005 [JUR 2005\170290; MP: Francisco Segura Sancho]). Y el AAP Asturias, Civil 1ª, 19.3.2004 (JUR 2004\112445; MP: Rafael Martín del Peso) tampoco admite ese apartamiento voluntario porque, si bien se alegan numerosas denuncias y querellas, ninguna de esas actuaciones ha dado lugar a la incoación de un proceso penal.

Por otra parte, y en relación con el hecho de haber sido defensor o representante de las partes, resulta interesante la interpretación del ATSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24.5.2007 (AS 2007\2684; MP: Félix Azón Vilas), que rechaza la abstención que se promueve porque, pese a que sí concurre la citada causa, atendiendo al caso concreto (antiguo abogado que accedió a la carrera judicial por el llamado cuarto turno), considera que el transcurso de un plazo superior a dos años desde su ingreso (plazo previsto para que opere la incompatibilidad por este motivo) no permite admitir abstención ni recusación al amparo de esta causa, ya que no se puede mantener su vigencia de forma indefinida, sino que debe ser esos dos años. En todo caso, en el FJ 3º se afirma que no hay acuerdo en la jurisprudencia en relación con el límite que debe tener la causa de abstención invocada y cita resoluciones en que se adoptan decisiones contrapuestas en atención a la singularidad de los supuestos.

En otro orden de cosas, a la hora de apreciar la existencia de una situación de subordinación, la jurisprudencia considera que no cabe considerar subordinado al secretario judicial respecto del juez (AAP Barcelona, Penal 9ª, 14.2.2005 [JUR 2005\173926], FJ 2º), pero sí al resto de funcionarios de la oficina judicial (AAP Barcelona, Penal 5ª, 13.5.2005 [JUR 2005\169983; MP: Augusto Morales Limia] y AAP Sevilla, Penal 4ª, 13.7.2004 [JUR 2004\256846; MP: Enrique García López-Corchado]); incluso aunque se trate de un auxiliar de apoyo durante seis meses (AAP Barcelona, Penal 5ª, 1.4.2004 [JUR 2004\154176; MP: Carlos González Zorrilla]).

Por último, y como cláusula de cierre dentro de las causas subjetivas, se recoge una circunstancia de difícil determinación, cual es la existencia de amistad íntima o enemistad manifiesta con las partes o la autoridad o funcionario que dictó el acto o informó o realizó el hecho por el que se sigue el pleito. Se trata en este caso de una situación de apreciación subjetiva, en absoluto de fácil objetivación, ya que hay que acotar qué se entiende por amistad o enemistad y cómo acreditar su existencia si no se reconoce por el afectado. En todo caso, los términos empleados por el legislador nos inclinan a afirmar que se exige una amistad profunda, íntima, no siendo suficiente una mera relación cordial; y su contrapunto, la relación de enemistad, debe tratarse de una animadversión profunda e igualmente acreditada.

Respecto de esta cuestión resulta interesante la interpretación y aplicación al caso concreto que se realiza en la STC, 2ª, 27.9.1999 (STC 162/1999; MP: Tomás Vives Antón), FJ 57º, de manera que considera constitucional rechazar la existencia de amistad íntima con los siguientes argumentos del órgano de instancia: “aun en el supuesto de que se diesen por acreditados los hechos alegados sobre los que se fundaba la queja (haber comido en tres ocasiones el Sr. Movilla con uno de los acusadores), tal relación social no es expresiva de la amistad íntima que justificaría el apartamiento del Juez”. Sin embargo, en ese mismo caso, el Tribunal Constitucional considera que concurre enemistad manifiesta, evidenciada por las declaraciones públicas del magistrado recusado en respuesta a graves acusaciones de imparcialidad vertidas por el imputado, calificando su actitud de “penosa y miserable” y criticando su catadura moral, motivo por el que entiende que debió admitirse su recusación (FJ 9º): “La global descalificación del acusado, expresada pocos días antes de su enjuiciamiento, no situó al Tribunal en las mejores condiciones para garantizar que su veredicto final gozara de la confianza del público y, mucho menos, de la del acusado. La queja del recurrente se funda en una sospecha objetivamente justificada”.

En todo caso, la abstención por causa de amistad se admite generalmente sobre la base de la exclusiva afirmación del abstenido (AAP La Rioja, Civil 1ª, 4.5.2007 [JUR 2007\261655, MP:

Alfonso Santisteban Ruiz] y AAP Madrid, Civil 24ª, 21.2.2007 [AC 2007\1763; MP: Ángel Sánchez Franco]), considerándose suficiente que invoque “la existencia de una relación de amistad muy buena, desde hace años, con la parte demandada” (AAP Castellón, Civil 1ª [JUR 2005\253148; MP: Aurora de Diego González]); o, simplemente “una gran amistad” (AAP Barcelona, Civil 19ª [AC 2004\1522; MP: Miguel Julián Collado Nuño]).

Por otra parte, si bien la literalidad del apartado noveno del artículo 219 LOPJ no alude a la posible amistad con el abogado de las partes, esta circunstancia resulta sin embargo un motivo invocado de forma recurrente en la práctica, dando lugar a desiguales consecuencias. Así, encontramos numerosas resoluciones que excluyen sin matices la posibilidad de abstención por esta causa, como la STS, Sala 1ª, Sección 1ª, 22.1.2004, (RJ 2004\389; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); la STSJ Extremadura, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25.9.2003 (AS 2004\34; MP: Alfredo García-Tenorio Bejarano); y el AAP La Rioja, Civil 1ª, 18.12.2006 (AC 2006\2097; MP: José Félix Mota Bello). Igualmente se ha rechazado la abstención promovida al amparo de este motivo alegando que la esposa del magistrado es compañera de despacho del letrado de la actora (AAP Jaén, Civil 3ª, 30.4.2008 [JUR 2008\233792; MP: Jesús María Passolas Morales]).

Ello no obstante, el ATC, 1ª, 25.10.2005 (ATC 380/2005), con cita de la doctrina anterior que ahora viene a matizar, ha aceptado la abstención de uno de sus magistrados por su amistad con el letrado de una de las partes, por entender que esta circunstancia podía afectar a su imparcialidad, afirmando sin embargo que no se trata de una regla general, sino de una interpretación válida únicamente en relación con un caso concreto y en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo (FJ 1º):

“[S]ólo en los supuestos en los que existen circunstancias que puedan hacer surgir el legítimo temor de que la amistad íntima o enemistad manifiesta del juez con otros sujetos que intervienen en el proceso pueda conllevar que el criterio de juicio no sea la imparcial aplicación del ordenamiento jurídico - circunstancias que deberán ser examinadas en cada caso concreto- podrá considerarse que el Juez no reúne las condiciones de idoneidad subjetiva y que, por tanto, el derecho de la parte al juez imparcial le impide conocer del asunto”.

En consonancia con esta doctrina, el propio Tribunal Constitucional ha rechazado la abstención por la misma causa cuando se trataba del abogado de una de las partes del proceso *a quo*, parte que no intervenía por el contrario en la cuestión de inconstitucionalidad (ATC, Pleno, 14.12.2006 [ATC 456/2006]).

Procede a continuación analizar las causas que hemos calificado de objetivas. Conforme hemos apuntado previamente, incluimos en esta categoría aquellas situaciones que ponen de manifiesto bien la existencia de interés personal en el resultado del pleito, bien una previa relación con el objeto litigioso que permite afirmar que el profesional afectado se encuentra contaminado, ya que ha participado en las fases previas del proceso o en actuaciones vinculadas al mismo. De manera que en estos casos se considera que hay incompatibilidad entre ese interés o conocimiento y la efectiva intervención en el proceso.

En este sentido, se prevé la abstención de quien haya integrado el órgano jurisdiccional que ha intervenido en la instrucción o en anterior instancia y de quien haya participado en el pleito como fiscal, perito o testigo, o haya emitido dictamen como abogado en el mismo.

Haber conocido el pleito en anterior instancia es interpretado de forma amplia por el Tribunal Supremo, de manera que entiende que concurre este motivo en los casos en que el magistrado formaba parte de la Sección que emitió el informe correspondiente ante una reclamación de error judicial (ATS, Sala Especial, 20.6.2005 [RJ 2005 6433; MP: Joaquín Samper Juan] y ATS, Sala Especial, 20.6.2005 [RJ 2005 6449; MP: Joaquín Samper Juan]). Por el contrario, rechaza la recusación de los magistrados que conocieron de recursos de apelación frente a resoluciones dictadas en la fase de instrucción y a los que posteriormente correspondió conocer del enjuiciamiento y fallo (STS, Sala 2ª, Sección 1ª, 23.1.2007 [RJ 2007 1813; MP: Joaquín Delgado García]).

Tampoco admite la recusación el AAP Barcelona, Civil 1ª, 17.5.2006 (JUR 2006\260106; MP: María Dolores Portella Lluch) en relación con un procedimiento ordinario alegando que el juez había conocido del juicio de desahucio en que se ventilaron sumariamente cuestiones relacionadas, ya que está expresamente previsto que la sentencia de desahucio no genere efecto de cosa juzgada, de manera que no determina en ningún sentido el resultado del declarativo ordinario posterior. La misma decisión adopta el AAP Madrid, Civil 14ª, 21.10.2004 (AC 2004\1910; MP: Pablo Quecedo Aracil), que rechaza la abstención porque no puede considerarse contaminado el juez que se limitó a archivar una causa penal por estimar que el hecho no era constitutivo de ilícito penal (hecho, por supuesto, con relevancia en el asunto civil).

Cuestión singular se plantea ante la estimación de un recurso devolutivo por apreciarse defectos formales, provocando la retroacción de las actuaciones. En estos supuestos, el pleito se devuelve al mismo órgano, que estará además preferentemente constituido por los mismos magistrados, sin que pueda afirmarse que procede su abstención por haber conocido el pleito en anterior instancia, ya que se trata de la misma.

Esta interpretación sentada por el Tribunal Constitucional en la STC, Pleno, 6.5.1993 (STC 157/1993; MP: Luis López Guerra) se apoya a su vez en la doctrina del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 16.7.1971 [TEDH 1971\2), FJ 97]) y ha sido asumida sin fisuras por nuestros tribunales. Sirvan como ejemplo la STS, Sala 1ª, Sección 1ª, 28.9.2006 (RJ 2006\7526; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) y el ATSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22.6.2007 (JUR 2008\36423; MP: José Antonio Álvarez Caperochipi).

También se considera que procede la abstención cuando se ha participado de forma directa o indirecta en el asunto objeto del pleito o en otro relacionado por haber ocupado cargo público, empleo o ejercido profesión. Al amparo de esta previsión, el ATS Sala Especial, 18.6.2004 (JUR 2004\191125; MP: José Luis Gil Sáez), admite la exclusión de un magistrado que integró la sala que dictó la sentencia respecto de la que se imputa prevaricación. Sin embargo, puede afirmarse como regla general que la referencia a los cargos públicos no incluye la judicatura, ya que respecto de los conocimientos por esta vía se recogen causas expresas de incompatibilidad (AAP Barcelona, Civil 1ª, 17.5.2006 [JUR 2006\260106; MP: María Dolores Portella Lluch]).

Por último, también en esta categoría encontramos un motivo de difícil apreciación, complejidad igualmente imputable a su marcado componente subjetivo, y es el referido a la existencia de interés directo o indirecto en el resultado del proceso, supuesto en que debe considerarse que existe igualmente una incompatibilidad determinante del apartamiento, excluyendo la intervención en el proceso. Este interés se genera cuando el resultado del pleito puede afectar al sujeto de forma material o afectiva, y debe tratarse de un interés actual, personal y no profesional (ATS, 4ª, 10.11.1999 [RJ 1999\9826; MP: Arturo Fernández López]), referido al pleito o a otro similar. Una aproximación bastante clara al significado de esta expresión la encontramos en la STS, 2ª, 28.6.1982 (RJ 1982\3581; MP: Luis Vivas Marzal), en cuyo Considerando 2º se afirma lo siguiente:

“[Por interés directo o indirecto en la causa] se ha de entender la confusión de los conceptos de Juez y parte, dado que el proceso y la resolución final que en él se dicte suponen una carga o perjuicio, o, antes al contrario, una ventaja o utilidad, para el organismo jurisdiccional, de tal modo que, dicha resolución, afecta, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado [...] debiendo desde luego, tratarse de un interés meramente personal, bien individual, bien gracias a formar parte el recusado de una persona jurídica de naturaleza privada, sin que pueda equipararse, a la causa de recusación estudiada, el denominado interés ideológico u otros de carácter general o abstracto, los cuales, de prosperar, impedirían, a todos los integrantes de la Carrera judicial, por uno u otro motivo, más o menos especioso, conocer de cualquier clase de proceso o de causa”.

Con todo, no resulta tarea sencilla extraer reglas generales y debemos acudir a la variada casuística que nos ofrece la práctica para ofrecer una visión más completa:

ATC, Pleno, 22.1.2008 (ATC 20/2008): rechaza la abstención pretendida, que se amparaba en el asesoramiento profesional realizado por el magistrado en su etapa como abogado a otras empresas en asuntos similares, lo que entendía podía prejuzgar su posición.

ATC, Pleno, 16.10.2007 (ATC 387/2007): admite la abstención de la Presidenta y del Vicepresidente del propio tribunal en relación con el recurso de inconstitucionalidad promovido respecto de la LOTC, no tanto por el evidente interés directo o indirecto que pudieran tener en el caso, sino por la aparente pérdida de imparcialidad que se provocaría en otro caso.

AAP Toledo, Civil 1ª, 14.2.2007 (JUR 2007\239125; MP: Gema Adoración Ocariz Azaustre): acepta la abstención de un magistrado por tener interés en el pleito, circunstancia que aprecia al ser una funcionaria del juzgado socia de la entidad mercantil parte del proceso.

AAP Las Palmas, Civil 4ª, 12.4.2006 (AC 2006\904; MP: Víctor Caba Villarejo): se aviene a la abstención del magistrado porque pueda “carecer de la necesaria serenidad de ánimo y neutralidad exigible” al entender que tiene interés en el pleito derivado de su vinculación afectiva con el equipo en situación de concurso y su interés en que el resultado del proceso permitiera su salvación a toda costa. Estas circunstancias se ponen de manifiesto por la “expresión pública de decisiones y medidas judiciales, la adopción de conductas y actitudes públicas y privadas relacionadas con el objeto del proceso y las partes litigantes [que] permiten, razonablemente, hacer pensar, aun involuntaria o inconscientemente, en su posicionamiento a favor de una de las partes en conflicto”.

AAP Murcia, Civil 3ª, 21.12.2005 (JUR 2007\35712; MP: Juan Martínez Pérez): acepta la abstención de una magistrada porque tiene interés en el pleito, circunstancia que entiende acreditada por la existencia

de descendencia común entre la magistrada y el letrado de la actora, sin que se aluda a la existencia de una unión de hecho o un matrimonio previo.

AAP La Rioja, Civil 1ª, 6.10.2005 (JUR 2005\236314; MP: José Félix Mota Bello): admite la abstención de una magistrada por existencia de interés directo o indirecto en el pleito alegando que (FJ 1º) “su vínculo matrimonial con uno de los ejecutivos de la empresa demandada, así como la relación que pueda unirle con personas responsables de la entidad”. La Sección argumenta de la siguiente forma (FJ 2º): “Si bien es cierto [...] que la comparecencia del cónyuge de un juez o magistrado como testigo en un pleito o causa no se prevé como causa de abstención/recusación, no por ello cabe excluir la posibilidad de que en torno a esta circunstancia puedan gravitar factores, conocimiento o disposición sobre el asunto que pudieran afectar subjetivamente a la imparcialidad del juez o magistrado o comprometer su imagen pública de imparcialidad, lo que permite acudir a la causa décima del artículo 219 LOPJ”.

El análisis realizado hasta el momento nos permite afirmar que la interpretación de los distintos apartados del artículo 219 LOPJ resulta, por lo general, bastante rigurosa. Ello no obstante, debemos profundizar en una cuestión esencial, cual es determinar si la enumeración contenida en el mencionado precepto constituye una relación cerrada y taxativa o, por el contrario, se trata de un listado ejemplificativo y abierto en el que podrían incluirse otras circunstancias distintas de las previstas expresamente por el legislador.

A priori, el tratamiento dado al tema parece evidenciar que se pretende concretar de forma exhaustiva las situaciones en que puede cuestionarse razonablemente la imparcialidad. En este sentido, la jurisprudencia afirma sin fisuras que resulta inexcusable que tanto la abstención como la recusación se amparen en la subsunción de los hechos en alguno de los motivos previstos en la LOPJ (por todos, ATC, Pleno, 12.3.2008 [ATC 81/2008]), si bien es posible que el órgano realice esta operación atendiendo a los fundamentos fácticos aportados por el abstenido o el recusante (sobre esta cuestión véase el AAP Las Palmas, 4ª, 12.4.2006 [AC 2006\904; MP: Víctor Caba Villarejo]).

Esta opción legislativa denota un intento de mayor control y un esfuerzo de objetivación, de manera que no se atribuya a quien se abstiene o a quien recusa la facultad para determinar la existencia o no de una causa que permita cuestionar la imparcialidad. En consecuencia, no se deja la decisión en manos ni del buen criterio del profesional, ni de la discreción del justiciable, ya que esa libertad podría en última instancia resultar contraria al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, permitiendo abstenciones y recusaciones amparadas en motivos espurios.

En este estado de cosas, si bien los términos del art. 99.2 LEC parecen no dejar dudas al respecto (ya que afirma que la abstención y recusación “sólo procederán” cuando concurran esos motivos), no podemos obviar que el contenido del derecho a un juez imparcial puede llevarse más lejos y, al respecto, la jurisprudencia no ha mantenido hasta el momento una línea uniforme. Es por ello que no puede afirmarse sin matices que la interpretación de los distintos apartados del art. 219 LOPJ haya de ser sin excepciones absolutamente rígida, sino que debe atenderse a las circunstancias concretas del caso, permitiéndose incluso la aplicación analógica, aunque ello no nos permita la creación de motivos *ex novo* (puede verse al respecto el ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4.12.2007 [JUR 2008\127355; MP: Juan Montero

Aroca] y la SAP Madrid, Penal 3ª, 14.6.2004 [JUR 2004\226671; MP: Juan Pelayo García Llamas]). Así, en determinados supuestos se ha admitido una interpretación flexible atendiendo de forma clara a un criterio teleológico en la aplicación de estas normas.

En la práctica, la apreciación de las causas se realiza de forma más laxa en los casos de abstención, ya que si el propio sujeto promueve su apartamiento, se estima que será porque considera que se encuentra afectada su imparcialidad; de ahí que la regla general sea admitir dicha abstención. Por el contrario, no habiendo sido promovido el apartamiento voluntario, el examen de la causa de recusación será más estricto, siempre y cuando no sea expresamente admitida por el recusado.

De modo que, si bien de ordinario se rechazan la abstención y la recusación en los casos que no encajan exactamente en los motivos previstos, encontramos igualmente resoluciones que introducen una interpretación más abierta accediendo al apartamiento del sujeto en supuestos en que se han introducido dudas razonables en relación con la imparcialidad de un sujeto mediante pruebas objetivas (se ha objetivado la posible parcialidad), aunque no concurre exactamente ninguna de las circunstancias legalmente previstas. Se adoptan así decisiones acordes con situaciones específicas que debemos considerar adecuadas al verdadero espíritu de la norma, que no puede ser la redacción absolutamente cerrada, ya que una exhaustividad tal no puede exigírsele al legislador.

En relación con esta cuestión, el AAP Las Palmas, 4ª, 12.4.2006 (AC 2006\904; MP: Víctor Caba Villarejo) analiza la evolución jurisprudencial experimentada respecto del rigor o la flexibilidad precisos para interpretar las causas de abstención y recusación. Así, en esta resolución se afirma que, si bien tradicionalmente se venía entendiendo que no cabía una interpretación extensiva o analógica, este planteamiento está siendo superado actualmente al amparo de la propia flexibilidad de la interpretación que realizan tanto el TEDH como nuestro propio Tribunal Constitucional. Resultan ilustrativas las siguientes frases extraídas de su FJ 1º:

“No cabe duda pues de que por esta vía se puede efectuar una valoración sobre la imparcialidad de un determinado juez admitiendo la existencia de supuestos de hecho que comprometan su imparcialidad, aunque no puedan ser subsumidos en la causa de abstención alegada por el mismo o de recusación reportada por la parte recusante. Es decir el derecho a un juez imparcial no se agota en las causas de abstención y recusación, y en este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene siendo muy sensible con los problemas de la imparcialidad judicial en su doble faceta subjetiva, consistente en la relación desapasionada del juez con el asunto y, en especial, en que no haya contactos indebidos con las partes, y objetiva, insistiendo en que no haya sombra de duda sobre el tribunal por cualesquiera otras circunstancias”.

De modo que se admite que la aplicación sea necesariamente rigurosa en relación con los magistrados del Tribunal Constitucional, ya que no es posible su sustitución (ATC, Pleno, 12.3.2008 [ATC 81/2008]); pero igualmente debemos propugnar una interpretación finalista que ya encuentra cierta cabida en nuestra jurisprudencia:

ATS, 4ª, 10.11.1999 (RJ 1999\9826; MP: Arturo Fernández López): “la interpretación que ha de hacerse de las causas de abstención y recusación debe ser flexible y abierta para que, mediante su utilización, sea

posible alcanzar las finalidades que les son propias, esto es la existencia de un Juez realmente ecuaníme y equilibrado por una parte, y la ausencia de motivos razonables para desconfiar de su ecuanimidad por otra”.

AAP Barcelona, Civil 14ª, 19.1.2006 (AC 2006\126; MP: Marta Font Marquina): incardina dentro de la amistad íntima el hecho de que el marido de la magistrada sea amigo y socio del letrado director de la actora.

AAP Guadalajara, Civil 1ª, 30.12.2005 (JUR 2006\33868; MP: Isabel Serrano Frías): interpretación de las causas conforme a la doctrina constitucional, del TEDH y del TS, de manera que incluyan supuestos no expresamente contemplados en la norma.

AAP Barcelona, Penal 9ª, 14.2.2005 (JUR 2005\173926): defiende la posible interpretación extensiva de los motivos de abstención atendiendo a las concretas circunstancias del caso, ya que “se puede llegar a identificar concretos supuestos, no expresamente previsto en la ley pero sí relacionados con los previstos, por una razón de analogía, en que los jueces se deban abstener y quepa su legítima recusación”.

2.3. El deber de abstención

Tal y como se explicita en el artículo 100 LEC, la abstención se concibe como un deber que se impone a los distintos profesionales que intervienen en el proceso y que se establece como vía previa e independiente de la recusación. La imperatividad de estos términos determina que, en caso de concurrir alguna de las causas legalmente previstas, la iniciativa corresponda al sujeto sospechoso de parcialidad, quien debe instar de forma inmediata su propio apartamiento del caso. No puede en modo alguno el órgano que controla la corrección de esta decisión instar la abstención, de manera que la única posibilidad ante la inactividad del profesional es la recusación por alguna de las partes procesales (para profundizar sobre este tema puede consultarse el ATC, Pleno, 12.3.2008 [ATC 81/2008]).

Por otra parte, el tenor literal de este artículo implica la reiteración del principio de legalidad, que se traduce en este punto en una doble vertiente del deber de abstención: obligación de abstenerse siempre que concurra causa legal, pero exclusivamente cuando concurra causa legal. Sólo garantizando el apartamiento en caso de sospecha acreditada de imparcialidad, pero impidiendo la abstención arbitraria, podemos conjugar el respeto a los derechos a un juez imparcial y al juez predeterminado por la ley. En todo caso, el órgano de control dispone de cierto margen para la apreciación de la concurrencia de la causa, sin que pueda hablarse en modo alguno de discrecionalidad.

Lógicamente, la decisión de abstenerse o no abstenerse debe estar precedida de una reflexión sobre la concurrencia de causa suficiente a estos efectos. En la generalidad de supuestos, la objetivación de las causas facilita la adopción de dicha decisión, pero cuando entran en juego criterios subjetivos, el profesional debe valorar las concretas circunstancias, no sólo en la medida en que afecten efectivamente a su imparcialidad, sino en tanto en cuanto pueda verse cuestionada la apariencia de imparcialidad al margen de su situación subjetiva. Más aún, habrá casos en que entienda que está en juego su neutralidad por otros motivos distintos a los expresamente

previstos y también ante esta situación debe abstenerse, tratando de reconducir los hechos a alguno de los enunciados legalmente establecidos.

Cuestión relevante es que no existe un momento específico para plantear la abstención. La lógica operativa de estas instituciones determina únicamente que debe ser anterior a la recusación y que, al contrario que ésta, no está sometida a plazo de preclusión. La abstención debe promoverse de forma diligente, tan pronto como se tenga conocimiento de la concurrencia de la causa, inmediatamente, pero nada obsta a que pueda plantearse en un momento posterior, sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria por el retraso malicioso. En todo caso, el límite lo marca la resolución definitiva del pleito, aquella que determine que el sujeto ya no intervenga en el mismo (inhibición), o el planteamiento de la recusación, en cuyo caso se ofrece al recusado la oportunidad de que admita la concurrencia de la causa, acelerando la tramitación del incidente.

En este sentido, la jurisprudencia viene admitiendo sin objeciones la abstención en un momento posterior al del conocimiento de la causa, si bien dentro de los límites apuntados. Sirva como ejemplo el AAP Las Palmas, Civil 4ª, 12.4.2006 (AC 2006\904; MP: Víctor Caba Villarejo), que acepta la abstención del magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas admitiendo que no se abstuviera desde el comienzo del proceso concursal porque, pese a que su vinculación con la concursada (la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D.) era pública y notoria, no fue hasta un determinado momento cuando se sintió presionado en los siguientes términos:

“[D]esde el comienzo de dicho procedimiento [el concurso de la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D.] este Juzgador se ha visto sometido a una innegable presión y tensión que, en los últimos días, se ha vuelto imposible de soportar desde el punto de vista personal y familiar, afectando seriamente a la salud de quien suscribe. A ello hay que unir el hecho de que desde muchos ámbitos se esté discutiendo la objetividad de este Juzgados en las decisiones que toma en el referido procedimiento, si bien no se solicita mi recusación por la posible repercusión social que pudiera ello suponer. Es por ello que, ante la imposibilidad por parte de quien suscribe de seguir soportando la tensión derivada de la toma de decisiones en el Proceso Concursal 6/2004 y en aras, igualmente, de despejar cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad que debe imperar en la emisión de resoluciones judiciales en dicho procedimiento, es por lo que pongo en conocimiento de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, mi abstención en el proceso concursal de la entidad la Unión Deportiva Las Palmas, SAD, con base, analógicamente, en los números 9º y 16º del art. 219 de la LOPJ”.

Con todo, no podemos obviar que tampoco se trata de una decisión discrecional del abstenido, sino reglada, de modo que su incumplimiento puede generar una responsabilidad que se materializa en el ámbito disciplinario, por resultar constitutiva de falta tanto la abstención injustificada como el no abstenerse concurriendo causa.

Ello sin perjuicio de la posibilidad de incurrir en delito de prevaricación cuando la falta de imparcialidad lleve a dictar sentencias o resoluciones injustas de forma dolosa (art. 446 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

En todo caso, para que se aprecie la existencia de este tipo de faltas no basta que se estime la recusación o que se rechace la abstención, sino que se exige una actuación consciente, maliciosa, con acreditación fehaciente de la concurrencia de la causa o de la voluntad de evitar el

apartamiento, justificando entonces la imposición de la sanción correspondiente. Este planteamiento es común para los distintos sujetos del órgano, si bien las consecuencias no son coincidentes en todos los casos.

Así, no abstenerse a sabiendas es calificado como falta disciplinaria muy grave para todos los colectivos afectados, llevando también para todos ellos aparejada la sanción de separación, suspensión o traslado forzoso. Por el contrario, la abstención injustificada no se encuentra tipificada expresamente para los representantes del Ministerio Fiscal, mientras que para el resto de profesionales se considera únicamente falta grave, y dentro de éstos, la sanción prevista resulta bien diferente. Así, para jueces y magistrados supondría únicamente una multa de entre 300 y 3.000 €, mientras que para el personal de la oficina judicial (secretarios judiciales incluidos), los efectos serían significativamente más gravosas, ya que la sanción prevista es igualmente el traslado forzoso o la suspensión, si bien con una duración inferior.

Estas cuestiones se encuentran reguladas en los siguientes arts.: 417.8, 418.15 y 420.2 LOPJ respecto de jueces y magistrados; 62.8 y 66.2 EOMF para los representantes del Ministerio Fiscal; y 536.A.13, 536.B.14 y 538 LOPJ; 154.13, 155.14 y 160 ROCSJ; y 7.m, 8.n y 13 RRDPAJ en lo referido a los secretarios judiciales y el resto de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Por otra parte, no encontramos referencias genéricas a los peritos, respecto de los cuales la posible exigencia de responsabilidad habría que buscarla en la reglamentación de su profesión y a través de los colegios profesionales correspondientes.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del deber de abstención no afecta en modo alguno a la competencia del órgano, sino exclusivamente a la capacidad subjetiva de su titular, de manera que en el caso de que se acepte la abstención, el asunto volverá al mismo órgano, integrado eso sí por sujetos distintos (GUTIÉRREZ CARBONELL y CALAZA LÓPEZ, 2007, p. 9). Más aún, no abstenerse pese a concurrir causa no genera tampoco nulidad de las actuaciones, únicamente se trata de una irregularidad que, sólo en el caso de que se rechace la recusación y se estime en fase de recurso dará lugar a la anulación; en otro caso, los actos serán perfectamente válidos.

En relación con este tema procede traer a colación el ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4.12.2007 (JUR 2008\127355; MP: Juan Montero Aroca), en el que, ahondando en la distinción entre causas estrictas de imparcialidad y motivos de incompatibilidad, introduce la idea de que la vulneración de dicha incompatibilidad sí daría lugar a la nulidad radical de las actuaciones, declarada en su caso de oficio o a instancia de parte.

Por otra parte, nos llama la atención la aplicación práctica llevada a cabo por la SAP Asturias, Penal 2ª, 12.5.2005 (JUR 2005\128378; MP: Antonio Lanzas Robles) que, en apelación, declara la nulidad de todos los actos en que intervino el secretario judicial por no haberse abstenido pese a ser testigo en la causa, y ello aunque no consta la promoción de la oportuna recusación en tiempo y forma.

Este último caso, en el que sí se había abstenido el juez, igualmente testigo en la causa, nos lleva a recordar que la coexistencia de similar obligación de abstención respecto de los distintos

profesionales determina que en el mismo proceso pueden ser varios los sujetos en quienes concurre motivo para dudar de su imparcialidad, de manera que deberían abstenerse todos ellos. Igualmente debe tenerse en cuenta la obligación de abogados y procuradores de no actuar ante órganos en los que presten servicio su cónyuge, pareja o familiares próximos, lo que se traduce de forma equivalente en un deber de abstención respecto de estos profesionales. Así está previsto en el artículo 24 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía (en adelante, EGA), y en los arts. 27 y 28 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España). Ello no obstante, la vigencia de esta obligación resulta una cuestión controvertida, toda vez que el artículo 24.1 EGA fue anulado por la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, 3.7.2003 (RJ 2003\5430; MP: José Manuel Sieira Míguez). Aun con estas precauciones, entendemos que en caso de darse estos supuestos, la solución más adecuada sería la abstención del profesional que se haya incorporado en último lugar al proceso, evitando así que se obligue a hacerlo al juez de manera torticera (en contra, MAGRO SERVET, 2008, p. 567).

Por último, debe tenerse en cuenta que la regulación de las incompatibilidades y prohibiciones debe considerarse complementaria del sistema de abstención y recusación como instrumentos todos ellos orientados a garantizar la imparcialidad del órgano. Así, las incompatibilidades admiten excepciones, supuestos en que puede entrar en juego la abstención o la recusación. Por el contrario, las prohibiciones recogen situaciones de incapacidad absoluta, ya que la realidad personal de los profesionales afectados podría provocar una continua abstención, motivo por el que se opta por determinar la imposibilidad permanente de que determinadas personas sirvan en órganos en que puedan darse con excesiva frecuencia coincidencia de sujetos unidos por vínculos de parentesco, matrimonio, amistad, interés, etc.

La regulación de estas cuestiones la encontramos en los arts. 391 a 394 LOPJ para jueces y magistrados, aplicable igualmente a los secretarios judiciales conforme establece el art. 445.2 LOPJ; respecto de los representantes del Ministerio Fiscal resulta de aplicación el art. 58 EOMF; y el art. 499 LOPJ en lo que atañe al resto funcionarios de la Administración de Justicia.

3. La abstención de los jueces y magistrados (art. 102 LEC)

CAPÍTULO II. DE LA ABSTENCIÓN DE JUECES, MAGISTRADOS, SECRETARIOS JUDICIALES, FISCALES Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS TRIBUNALES CIVILES

Artículo 102. Abstención de Jueces y Magistrados.

1. La abstención del Magistrado o Juez se comunicará, respectivamente, a la Sección o Sala de la que forme parte o al tribunal al que corresponda la competencia funcional para conocer de recursos contra las sentencias, que resolverá en el plazo de diez días. La comunicación de la abstención se hará por escrito razonado tan pronto como sea advertida la causa que la motive.

2. *La abstención de Juez o Magistrado suspenderá el curso del proceso en tanto no se resuelva sobre ella.*

3. *Si el tribunal a que se refiere el apartado 1 de este artículo no estimare justificada la abstención, ordenará al Juez o Magistrado que continúe el conocimiento del asunto, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer la recusación. Recibida la orden, el tribunal dictará providencia poniendo fin a la suspensión del proceso.*

4. *Si se estimare justificada la abstención por el tribunal competente según el apartado 1, el abstenido dictará auto apartándose definitivamente del asunto y ordenando remitir las actuaciones al que deba sustituirle. Cuando el que se abstenga forme parte de un tribunal colegiado, el auto, que no será susceptible de recurso alguno, lo dictará la Sala o Sección a que pertenezca el que se abstenga.*

En ambos casos, la suspensión del proceso terminará, respectivamente, cuando el sustituto reciba las actuaciones o se integre en la Sala o Sección a que pertenecía el abstenido.

5. *La abstención y la sustitución del Juez o Magistrado que se ha abstenido serán comunicadas a las partes, incluyendo el nombre del sustituto.*

CONCORDANCIAS: arts. 207 a 217, 219, 221, 222, 417.9, 420 y 421.1.c LOPJ; arts. 190, 216 y 233 LEC 1881.

Sentadas las premisas básicas y comunes relativas al deber de abstención, la LEC pasa a ocuparse de manera individualizada de cada uno de los colectivos a quienes afecta esta obligación, estableciendo las normas procedimentales para su ejercicio. Así, comienza la regulación contenida en este Capítulo con las referencias relativas a la abstención de jueces y magistrados, previsiones que se contemplan de forma íntegra en el art. 102 LEC. Esta normativa resulta más completa y ordenada que la precedente y coincide en esencia con lo previsto al respecto en el art. 221 LOPJ, cuyo rango superior determina en última instancia su aplicación preferente. Llama entonces la atención la extensión de este precepto, en cuanto que supone una clara superación de la parquedad de que adolecía la LEC 1881, en un claro intento de ofrecer mayor seguridad jurídica dotándonos de un procedimiento de abstención pormenorizado.

Conforme a la normativa ahora vigente, y en relación con el personal jurisdiccional, puede afirmarse que el apartamiento voluntario a través de la abstención ha perdido su naturaleza meramente gubernativa, debiendo considerarse un verdadero incidente jurisdiccional, aunque no se califique así expresamente (afirmación que sí encontramos en relación con la recusación). A esta conclusión puede llegarse atendiendo tanto a la forma de la resolución (auto) como a la atribución de la competencia a una sala de justicia y no de gobierno.

Centrándonos en las concretas actuaciones previstas para tramitar esta cuestión, podemos diferenciar claramente dos fases en atención al sujeto competente, ya que se plantea de oficio y se sustancia y resuelve por un órgano diferente.

Conforme ya hemos indicado, la iniciativa corresponde exclusivamente al juez o magistrado que considera que su imparcialidad puede ser cuestionada, de ordinario porque se encuentra incurso en alguna de las causas legalmente previstas. Se trata de un deber personal de promover el apartamiento voluntario con anterioridad a la recusación, sin que exista un plazo específico al respecto, pero exigiéndose la debida diligencia, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria por retraso malicioso.

La abstención ha de plantearse por medio de un escrito razonado en el que el juez o magistrado exponga los hechos y determine la circunstancia del art. 219 LOPJ que entiende que concurre. No se exige una forma específica para esta resolución, pero habrá de ser necesariamente motivada y su adopción determina la necesidad de suspender provisionalmente el proceso, en tanto en cuanto se decide definitivamente si procede o no el apartamiento definitivo. Esta paralización cautelar será adoptada por el propio abstenido o por la sala o sección a que pertenezca. En todo caso, no tiene efectos retroactivos, de manera que no afecta a las actuaciones ya realizadas.

El escrito motivado se remite al órgano correspondiente, quien deberá confirmar o revocar dicho apartamiento. La competencia funcional para resolver esta cuestión viene determinada en atención al destino del propio abstenido. Así, si sirve como magistrado en un órgano colegiado (una Audiencia Provincial, una Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia o la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), trasladará su decisión al propio órgano al que pertenece, sala o sección que será la competente para resolver. Por el contrario, si se trata de un juez o de un magistrado titular de un órgano unipersonal (Juzgado de Paz, Juzgado de Primera Instancia, Juzgado de lo Mercantil, Juzgado de Violencia sobre la Mujer), el órgano competente será aquel al que le corresponda conocer de los recursos frente a sus sentencias (apelación): la Audiencia Provincial por lo general, o el Juzgado de Primera Instancia exclusivamente en relación con la abstención de los jueces de paz. En estos casos se remite el escrito a la Secretaría de Gobierno o al Decanato para que turne el asunto conforme a los criterios establecidos al efecto.

De acuerdo con estas previsiones, la determinación del órgano competente para aceptar o rechazar la abstención parece adecuadamente realizada. Ello no obstante, en la práctica se plantean problemas no del todo explicables, como puede apreciarse en las siguientes resoluciones referidas a dos asuntos idénticos: ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27.6.2006 (RJ 2007\637; MP: José Flors Maties); ATSJ Comunidad Valencia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3.4.2008 (JUR 2008\198049; MP: Juan Montero Aroca); ATS, Sala 1ª, Sección 1ª, 3.6.2008 (RJ 2008\4172; MP: Juan Antonio Xiol Ríos); ATS, Sala 1ª, Sección 1ª, 3.6.2008 (RJ 2008\5554; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

En ambos casos, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia al completo se abstiene en relación con la apelación de un asunto concreto y remite las actuaciones al Presidente de dicho tribunal para que adopte las medidas oportunas. A su vez, dicho Presidente remite lo actuado a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, quien aprecia de oficio su falta de competencia funcional, devuelve las actuaciones al Presidente de la Audiencia Provincial y éste a la Sección Décima. Entonces la Sección acuerda una nueva remisión, esta vez a la Sala Primera del Tribunal Supremo. La decisión final de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo confirma que la competencia corresponde a la propia Sección abstenida, que tendrá a estos efectos que componerse conforme a las reglas de sustitución por magistrados distintos de los presuntamente incursos en causa de abstención.

A continuación, una vez recibida la propuesta de abstención por el órgano correspondiente, éste debe adoptar una decisión alternativa, aceptar la separación para el caso concreto o rechazarla. Legalmente no se prevé trámite alguno, no se exige pieza separada ni incoación de incidentes, luego debe atenerse en principio a la información remitida en su escrito por el abstenido, sin perjuicio de que, si lo considera preciso, promueva las actuaciones oportunas para requerir información complementaria del propio juez o magistrado, de las partes o del Ministerio Fiscal.

No se prevé la intervención de las partes en este trámite, participación que podría considerarse adecuada dándoles traslado para alegaciones, ya que con esta actuación se podría evitar la recusación posterior y se unificaría el tratamiento de la posible parcialidad evitando duplicidad de tramitaciones. Tampoco se hace referencia expresa a la preceptividad de informe del Ministerio Fiscal con antelación a la decisión al respecto. Ello no obstante, en la generalidad de supuestos se requiere dicho informe, como se aprecia por ejemplo en el relato fáctico del ATS, Sala 1ª, Sección 1ª, 3.6.2008 (RJ 2008\4172; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

En todo caso, la decisión del órgano debe ampararse en la posible subsunción de los hechos en alguno de los apartados del art. 219 LOPJ -si bien de conformidad con la interpretación flexible y teleológica que propugnamos- y atendiendo a la debida acreditación de los circunstancias concurrentes. Una revisión de la jurisprudencia existente sobre el particular, nos revela que la tendencia generalizada es la de admitir el apartamiento voluntario, aceptando por buena la abstención del juez, asegurando así la apariencia de imparcialidad y evitando cualquier duda al respecto, ya que como se afirma en el FJ 2º del AAP Las Palmas, 4ª, 12.4.2006 (AC 2006\904; MP: Víctor Caba Villarejo):

“Con su abstención trata de eliminar los recelos o sospechas que con su actuación pueda haber despertado y entendemos que el propio Magistrado-Juez al hacer así, al abstenerse voluntariamente apartándose de seguir conociendo del concurso, es porque reconoce motu proprio que carece o puede carecer o puede pensarse razonablemente por las partes en litigio que carece de las condiciones necesarias subjetivas para seguir obrando con neutralidad o imparcialidad dentro del proceso concursal, pues en otro caso, de no tener esa convicción no se habría abstenido sin perjuicio de que hubiera sido recusado”.

Ello no obstante, cabe igualmente que se rechace la abstención, bien por falta de acreditación de los hechos, bien por no ser éstos incardinables en ninguno de los supuestos del art. 219 LOPJ ni siquiera por medio de una interpretación flexible. En estos casos, normalmente, se afirma que hay un exceso de celo por parte del abstenido.

Sirva a modo de ejemplo el AAP Baleares, Civil 3ª (JUR 2005\102899; MP: Catalina Moragues Vidal), que rechaza la abstención de una magistrada que invocaba como causa la relación sentimental de una demandada con un funcionario de citado juzgado. En este caso es evidente que no concurre en sentido estricto causa de abstención que afecte a la magistrada, sino al funcionario, de manera que en el FJ 2º se afirma que “la misma está movida por un alto sentimiento de la imparcialidad que ha de presidir su actuación profesional”.

En todo caso, la respuesta estimatoria o desestimatoria adoptará la forma de auto y debe darse en el plazo de diez días, plazo que no aparece recogido en la LEC, pero que sí encontramos en el art. 221.1 LOPJ y que debemos por tanto entender aplicable a todos los efectos (y ello sin perjuicio de

que la dinámica habitual de los órganos jurisdiccionales impida de ordinario la adopción de decisiones en un tiempo tan restringido). Más aún, la resolución debe ser expresa y no cabe invocar en este punto la aplicación de la teoría de los actos presuntos propia del ámbito administrativo.

Aceptada la abstención, el abstenido -su sala o sección- dictará auto apartándose o apartándole definitivamente del asunto y ordenando que se remitan las actuaciones a quien deba sustituirle (sustitución conforme a los arts. 207 a 214 LOPJ). Finalmente, la suspensión se alzarán cuando así lo acuerde el sustituto o éste se incorpore a la sala o sección correspondiente. Por el contrario, si se rechaza la abstención, será el propio abstenido o el órgano al que pertenece quien dicte providencia alzando la suspensión y continuará conociendo del asunto. Por otra parte, únicamente se prevé la información a las partes cuando se admita la recusación y deba ponerse en su conocimiento la identidad del sustituto, si bien el resto de actuaciones constarán en los autos.

No olvidemos que el rechazo por parte del órgano correspondiente puede llevar a que se considere una abstención injustificada y se genere por tanto la responsabilidad disciplinaria vista, falta grave que puede ser sancionada con multa entre 300 y 3.000 €, siendo competente al respecto la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial (art. 421.1.c LOPJ).

No está previsto el recurso frente a ninguna de las resoluciones que se dicten a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de que las partes puedan hacer valer su derecho a través de la recusación. Pese a la aparente diferenciación en la regulación, parece lógico que no quepa recurso independientemente de la proveniencia del auto, un órgano unipersonal o colegiado, y podemos afirmar igualmente que tampoco procede recurso frente a la providencia.

Por supuesto, ni la ausencia ni el rechazo de la abstención prejuzgan ni impiden la recusación por las partes, quienes podrán instar dicho apartamiento forzoso si consideran que concurre causa al respecto y dentro de los plazos que se establecen al efecto, ello sin perjuicio de que pueda recaer la instrucción y resolución del incidente de recusación sobre el mismo órgano que rechazó la abstención, motivo que no cabría considerar determinante a su vez de abstención o recusación porque no se trata en sentido estricto de la resolución del pleito en anterior instancia. Más aún, puede afirmarse que, como la parte no tiene entrada en el trámite de aceptación o rechazo de la abstención, podría incluso invocar a través de la recusación la misma causa ya rechazada, y ello porque sus alegaciones y eventuales pruebas podrían en esa ocasión provocar una decisión estimatoria.

4. La abstención de los secretarios judiciales (art. 103 LEC)

Artículo 103. Abstención de los Secretarios Judiciales.

1. Los Secretarios Judiciales se abstendrán por escrito motivado dirigido al Juez o Magistrado, si se tratare de un Juzgado, o al Presidente, si se trata de una Sala o Sección. Decidirá la cuestión, respectivamente, el Juez o Magistrado, por una parte, o la Sala o Sección, por otra.

2. En caso de confirmarse la abstención, el Secretario Judicial que se haya abstenido debe ser reemplazado por su sustituto legal; en caso de denegarse, deberá aquel continuar actuando en el asunto.

CONCORDANCIAS: arts. 446, 451, 536.A.13, 536.B.14 y 538 LOPJ; art. 190 LEC 1881; art. 102 LEC; arts. 3.1, 144, 146, 147, 154.13, 155.14, 160 y 162 ROCSJ.

A determinar el procedimiento para la abstención de los secretarios judiciales dedica la LEC un único precepto, el 103, cuya sintética redacción coincide en esencia con el contenido del art. 446.2 LOPJ, sin perjuicio de la existencia de ciertas divergencias entre ambos textos. En todo caso, estas previsiones resultan en exceso escuetas y hubiera sido deseable una regulación más completa, de manera que nos obliga a realizar una interpretación integradora, propugnando en algunos puntos la aplicación analógica del régimen previsto para jueces y magistrados. Siendo esto así, podemos predicar también en este caso la naturaleza jurisdiccional del incidente, al tiempo que mantenemos la organización de las distintas actuaciones en dos fases claramente diferenciadas en atención al órgano competente.

En consonancia con lo antedicho, la iniciativa de abstenerse debe partir necesariamente del propio secretario judicial en quien concurra causa legal. Se configura también en este caso como una obligación indelegable, de manera que será el mismo profesional afectado quien deba promover su apartamiento voluntario sin esperar a ser recusado. Más aún, si bien no existe un plazo específico al efecto, la falta de diligencia puede determinar la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

La abstención se plantea por medio de un escrito motivado, sin que se requiera forma específica, pero debiendo consignar los hechos en que se fundamenta y determinar el número del art. 219 LOPJ que entiende resulta aplicable. Por otra parte, y a diferencia del régimen previsto para el personal jurisdiccional, no está prevista en este caso la suspensión del proceso en tanto en cuanto se decide sobre el apartamiento interesado. Ello no obstante, debe evitarse su intervención en el pleito en espera de esa decisión definitiva, acudiéndose en estos supuestos a la sustitución del abstenido por quien determine el secretario coordinador, conforme establece el artículo 18.i ROCSJ.

Instada por el secretario su abstención, remitirá el escrito indicado al juez o magistrado del juzgado en que sirva, al presidente de la sala o sección o al juez decano correspondiente si desempeña sus funciones en un servicio común, siendo el mismo órgano el competente para decidir en última instancia si admite o rechaza esa abstención.

La referencia al juez decano la encontramos únicamente en la regulación de la LOPJ, ya que, recordemos, su redacción es fruto de la reforma operada en esa norma en el año 2003, momento en el que se procedió igualmente a incorporar un nuevo modelo de organización de la oficina judicial con expresa referencia a los servicios procesales comunes, que resultan a partir de entonces potenciados.

Una vez ha recibido la propuesta, el órgano decisor podrá practicar las diligencias que estime oportunas y decidirá finalmente bien rechazar la abstención, instando la intervención del secretario abstenido, bien admitirla, ordenando que continúe el sustituto correspondiente.

El rechazo por parte del órgano puede llevar a que se considere una abstención injustificada y genere por tanto la responsabilidad disciplinaria vista, al ser considerada falta grave, sancionable con suspensión o traslado forzoso y siendo competente al respecto el Ministerio de Justicia (arts. 539 LOPJ y 162 ROCSJ).

Estas limitadas previsiones deben completarse con algunas cuestiones señaladas en relación con jueces y magistrados. Así, parece lógico que la resolución del órgano adopte la forma de auto, que éste no sea recurrible en ningún caso y que se dicte en el plazo de 10 días o, en otro caso, sin dilación (conforme prevé como regla general para el proceso civil el art. 132.2 LEC). Resulta igualmente razonable que se informe a las partes del hecho de la abstención y de la identidad del sustituto, sin perjuicio de que, tanto en el caso de que la abstención sea rechazada como si no fue siquiera planteada, no hay duda de que el derecho a formular recusación queda incólume.

5. La abstención del resto de integrantes de la oficina judicial (art.o 104 LEC)

Artículo 104. Abstención de los oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia.

1. La abstención de los oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia se comunicará por escrito motivado al Juez o al Presidente del tribunal en que se siga el proceso, que decidirá sobre su procedencia.

2. En caso de ser estimada la abstención, el oficial, auxiliar o agente en quien concurra causa legal será reemplazado en el proceso por quien legalmente deba sustituirle. De ser desestimada, habrá de continuar actuando en el asunto.

CONCORDANCIAS: arts. 499, 536.A.13, 536.B.14, 538 y 539 LOPJ; art. 190 LEC 1881; arts. 7.m, 8.n, 12, 13 y 15 RRDPAJ.

Según hemos analizado previamente, el deber de abstención se extiende también al resto de profesionales que prestan servicios en la oficina judicial, en concreto, a los integrantes de los llamados Cuerpos Generales al servicio de la Administración de Justicia. Debe tenerse en cuenta que la nomenclatura de LEC acoge la tradicional denominación de estos funcionarios -oficiales, auxiliares y agentes-, hoy en día superada en virtud de la ya reiterada reforma de la LOPJ operada en diciembre de 2003. En ese momento se introdujo una nueva clasificación del personal auxiliar, reordenando sus funciones y atribuciones en atención a la nueva cualificación requerida. Siendo esto así, debemos entender que el régimen contenido en el art. 104 LEC resulta entonces de aplicación a los integrantes de los cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial, como herederos de los antiguos oficiales, auxiliares y agentes judiciales.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la abstención por concurrencia de las causas del artículo 219 LOPJ se aplica exclusivamente a estos funcionarios y no a los integrantes de los Cuerpos Especiales, respecto de los que únicamente se prevé la abstención en el caso de que intervengan como particulares en los pleitos que puedan tener relación con sus funciones (arts. 498 y 499 LOPJ), ya que no existe la remisión al régimen del personal jurisdiccional (que sí encontramos en el art. 100.2 LEC). En todo caso, las posibilidades de intervención de estos profesionales en el proceso civil es evidentemente muy limitada y la naturaleza de sus funciones justifica una concepción más restringida de la imparcialidad.

En cuanto al procedimiento para articular la abstención del personal auxiliar, el art. 104 LEC reproduce en esencia el contenido previsto para los secretarios judiciales y debe a su vez ponerse en conexión con lo dispuesto al respecto en el art. 499.1 LOPJ. Ello no obstante, parece que en este caso nos encontramos ante un incidente de carácter gubernativo y no jurisdiccional, tal y como se califica expresamente en los arts. 499.2 LOPJ y 121 LEC a la recusación de estos sujetos, naturaleza que se justifica en la menor relevancia de sus funciones y se traduce en la asignación de la competencia resolutoria a órganos de gobierno y no a salas de justicia.

En cuanto a la iniciativa de abstenerse, también en estos casos debe partir necesariamente del sujeto afectado, quien informará por medio de escrito motivado al órgano competente, cuya determinación no resulta sin embargo demasiado clara. Así, el art. 499.1 LOPJ alude a “quien sea competente para dictar la resolución que ponga término al pleito o causa en la respectiva instancia”; mientras que el art. 104 LEC señala que corresponde al juez o presidente del tribunal; y esta misma norma, pero en su art. 121, atribuye la competencia para resolver el incidente de recusación al juez o al presidente de la sala o sección. En todo caso, debe resaltarse que se atribuya la competencia a un único sujeto, el presidente, y no al órgano colegiado (la sala o sección), asignación que concuerda con el carácter gubernativo del expediente que propugnamos. En relación con el resto de trámites, debemos entender que no procede la suspensión del proceso (si bien sí el apartamiento provisional del abstenido) y que, recibida la propuesta, el órgano competente podrá practicar las diligencias que estime oportunas antes de decidir si rechaza la abstención, confirmando la intervención del funcionario, o la admite, requiriendo la intervención del sustituto correspondiente en el caso de que no haya sido llamado previamente.

En cuanto al rechazo de la abstención, debemos dejar constancia de la opinión de un sector doctrinal que considera que, en relación con estos funcionarios, cabe desestimar su propuesta pese a la concurrencia de la causa cuando el juez o magistrado considere que no tiene relevancia suficiente como para afectar a la imparcialidad del mismo. Igualmente defienden estos autores la posibilidad de que el apartamiento en estos casos afecte exclusivamente a determinadas actuaciones dentro del proceso (declaración testifical, reconocimiento, inspección, etc.), pero no para la totalidad del mismo. Puede verse, por todos, GUTIÉRREZ CARBONELL y CALAZA LÓPEZ (2007, p. 112).

Por otra parte, no se prevé expresamente la forma de la decisión del órgano, pero debemos entender que adoptará la de acuerdo (conforme prevé el art. 244.1 LOPJ), ya que se trata de un acto gubernativo, y frente al mismo no cabe recurso en ningún caso.

En otro orden de cosas, debemos recordar que la desestimación de la abstención por el órgano puede llevar a que se considere una abstención injustificada y genere por tanto la responsabilidad disciplinaria vista, ya que tiene la consideración de falta grave que puede ser sancionada con suspensión o traslado

forzoso, siendo competente al respecto el Ministerio de Justicia o los órganos competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente, según el territorio de que se trate (arts. 539 LOPJ y 15 RRDPAJ).

En última instancia, señalar que resulta igualmente razonable que se informe a las partes del hecho de la abstención y de la identidad del sustituto, y que, tanto en el caso de que la abstención sea rechazada como si no fue siquiera planteada, no hay duda de que el derecho a formular recusación por las partes permanece incólume.

6. La abstención de los peritos (art. 105 LEC)

Artículo 105. Abstención de los peritos.

1. El perito designado por el Juez, Sección o Sala que conozca del asunto deberá abstenerse si concurre alguna de las causas legalmente previstas. La abstención podrá ser oral o escrita, siempre que esté debidamente justificada.

2. Si la causa de abstención existe al tiempo de ser designado, el perito no aceptará el cargo, y será sustituido en el acto por el perito suplente, cuando éste hubiere sido designado. Si el perito suplente también se negare a aceptar el cargo, por concurrir en él la misma u otra causa de abstención, se aplicará lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 342 de esta Ley. Si la causa es conocida o se produce después de la aceptación del cargo de perito, la abstención se elevará al Juez o Magistrado, si se trata de un Juzgado, o al Magistrado ponente, si se trata de una Sección o Sala, el cual decidirá la cuestión, previa audiencia de las partes. Contra el auto del Juez o Magistrado no se dará recurso alguno.

CONCORDANCIAS: art. 499 LOPJ; arts. 335 a 343 LEC.

El perito es un sujeto ajeno al proceso que es llamado al mismo para que incorpore sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, aportando así las máximas de experiencias necesarias para valorar los hechos, las pruebas o, incluso interpretar y aplicar determinadas normas jurídicas (art. 335.1 LEC). Como regla general, el dictamen pericial se incorpora al proceso civil a instancia de parte, con las excepciones que señala, entre otros, el art. 352 LEC. Ello no obstante, debe distinguirse entre los supuestos en que el perito es “de parte”, es decir, la parte interesada en introducir estos conocimientos elige libremente al perito y presenta el dictamen en el momento oportuno; de aquellos otros casos en que el perito es nombrado por el juez. Así, conforme establece el art. 339 LEC, cabe la posibilidad de que el juez acuerde su intervención de oficio o que las partes opten por un perito designado judicialmente. En estos casos, la objetividad e imparcialidad que se exige siempre del perito encuentra un mayor grado de control (art. 335.2 LEC), ya que no procede la tacha, sino la recusación, cuyos efectos son más drásticos (la sustitución del perito por otro) y que tendrá lugar, al igual que respecto del resto de profesionales que estamos estudiando, para el caso de que no se abstenga motu proprio.

No encontramos referencia en la LOPJ a la imparcialidad del perito (sin perjuicio de que le resulten de aplicación las previsiones del art. 219 LOPJ), sino que el régimen se encuentra

recogido en la LEC, tanto dentro del título dedicado a la abstención y la recusación (arts. 99 a 128 LEC), como con la regulación específica de este medio de prueba (arts. 341 y siguientes LEC). Así, la abstención del perito se plantea en este art. 105 LEC, que debe ponerse en relación con los arts. 341, 342 y 343 del mismo texto legal.

En otro orden de cosas, la expresión “perito designado por el Juez, Sección o Sala” nos lleva a afirmar que el régimen de la abstención se aplica igualmente al perito tasador de bienes embargados (arts. 638 y 639.1 LEC), al perito tasador en condena de hacer no personalísima (art. 706.2 LEC), al perito para la división judicial del caudal hereditario (arts. 784 y 785.1 LEC) y a otros peritos de designación judicial previstos en la LEC 1881.

En consonancia con este planteamiento, una vez admitida o propuesta por el juez la prueba pericial mediante dictamen emitido por perito judicial, se procede al nombramiento del especialista conforme establece el art. 341 LEC, que señala que se acudirá a estos efectos a las listas de profesionales elaboradas anualmente y conforme al orden establecido por sorteo (sin perjuicio de la posibilidad de acuerdo de las partes al respecto en ciertos casos: art. 339.4 LEC).

Seleccionado por esta vía el perito, se le informará de su designación al objeto de que en el plazo de cinco días acepte el encargo o lo rechace, atendiendo a la concurrencia o no de causa de abstención. En este punto se introduce un distinto tratamiento según el momento en que concurra o se conozca la circunstancia que justifica dicha abstención. Así, si el motivo existía y era conocido en el momento del nombramiento, el perito debe declinar dicho encargo, sin que esté claro si basta su rechazo o se precisa que alegue causa justa y que ésta sea aceptada por el juez. La coherencia del sistema creemos que requiere esa aquiescencia del juez. Por el contrario, si la causa de abstención es posterior o se desconocía en el momento de aceptar el encargo, deberá el perito plantear igualmente su apartamiento al titular del juzgado o al magistrado ponente, quien decidirá al respecto previa audiencia de las partes.

Es el único supuesto en que se prevé expresamente la intervención de las partes en este momento, consideración que nos lleva a afirmar que, en consecuencia, no debería admitirse la recusación posterior (salvo por motivos desconocidos o sobrevenidos) cuando pudieron hacerse valer las causas en este momento.

En todo caso, la abstención podrá plantearse de forma oral o escrita, pero siempre debidamente justificada, indicando las circunstancias que han determinado dicha decisión. No se señala plazo para la decisión, pero deberá dictarse lo antes posible y entendemos que adoptará la forma de auto, siendo irrecurrible en todo caso. Por otra parte, si se rechaza la abstención, el perito deberá aceptar el nombramiento o éste mantendrá; y si se admite, se procederá a una nueva designación acudiendo a las mencionadas listas de profesionales. No se prevé la información a las partes del resultado final, pero éste constará en las actuaciones.

En última instancia, si bien no se alude a la validez de los actos realizados, en este caso parece lógico que el nuevo perito lleve a cabo por sí mismo los exámenes pertinentes para la emisión del dictamen, ya que se trata de un acto eminentemente personal para el que no debe partir de apreciaciones de extraños.

7. La abstención de los miembros del Ministerio Fiscal (art. 106)

Artículo 106. Abstención de los miembros del Ministerio Fiscal

La abstención de los miembros del Ministerio Fiscal se regirá por las normas establecidas en su Estatuto Orgánico.

CONCORDANCIAS: arts. 28, 62.8 y 66 EOMF.

Conforme ya hemos apuntado, la imparcialidad del Ministerio Fiscal se concibe -pese a su condición de parte procesal- como principio inspirador de su actuación, y así se recoge tanto en el art. 124.2 CE como en los arts. 2.1 y 7 EOMF, de manera que se afirma que debe intervenir en el proceso “con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados” (art. 7 EOMF). Estas previsiones deben ponerse en consonancia con la organización del Ministerio Fiscal conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica (arts. 124.2 CE y 2.1 EOMF), planteamiento que determina que el control de la independencia de sus representantes se conciba como una cuestión gubernativa que corresponde resolver a la propia Fiscalía, pues se trata de un asunto de régimen interno.

Con todo, la regulación de la abstención y la recusación para el proceso civil contiene referencia expresa a los representantes del Ministerio Fiscal, estableciendo como vimos su deber de abstención, la aplicación de las mismas causas que al resto de profesionales y, en cuanto al procedimiento, remitiendo el art. 106 LEC con buen criterio al régimen contenido en el Estatuto Orgánico de este cuerpo de funcionarios.

En este sentido, resulta de aplicación básicamente el art. 28 de dicha norma, que señala que los miembros del Ministerio Fiscal deberán abstenerse cuando concurren las causas previstas en el art. 219 LOPJ. No contiene este precepto referencia alguna al régimen procedimental aplicable, de modo que debemos realizar una interpretación analógica a estos efectos y determinar la aplicación de lo previsto para el apartamiento forzoso (que no se califica de recusación, ya que se habla de queja ante su superior). Siendo esto así, la competencia para decidir se atribuye al superior correspondiente (la Junta de Fiscales de Sala si se trata del Fiscal General del Estado), quien deberá decidir por medio de decreto irrecurrible si acepta o rechaza la abstención propuesta, remitiendo el asunto a otro miembro de la Fiscalía o confirmando la intervención del abstenido en otro caso.

Estas previsiones pueden completarse con las ideas apuntadas para el resto de profesionales, de manera que se exige diligencia en el planteamiento de la abstención, parece adecuado que se acuerde el apartamiento temporal del fiscal afectado en tanto se resuelve la abstención, y se mantiene la posibilidad de que la parte que se considere perjudicada promueva el apartamiento forzoso en caso de no abstención.

En última instancia, debemos recordar que respecto de los miembros del Ministerio Fiscal no se tipifica como falta la abstención injustificada, diferenciándose en este punto del régimen previsto para el resto de profesionales estudiados.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Asunto</i>
STEDH, 16.7.1971	TEDH 1971\2	-	Ringeisen c. Austria
STEDH, 1.10.1982	TEDH 1982\6	-	Piersack c. Bélgica
STEDH, 26.10.1984	TEDH 1984\16	-	De Cubber c. Bélgica
STEDH, 24.8.1993	TEDH 1993\34	-	Nortier c. Países Bajos

Sentencias del Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Asunto</i>
STC, Pleno, 12.7.1988	STC 145/1988	Ángel Latorre Segura	Cuestión de inconstitucionalidad
STC, Pleno, 6.5.1993	STC 157/1993	Luis López Guerra	Cuestión de inconstitucionalidad
STC, Pleno, 17.3.2001	STC 69/2001	Guillermo Jiménez Sánchez	Rafael Vera Fernández-Huidobro (recurso de amparo)
ATC, Pleno, 24.1.2006	ATC 18/2006	-	Recusación formulada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados
ATC, Pleno, 14.12.2006	ATC 456/2006	-	Abstención del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas
ATC, Pleno, 5.2.2007	ATC 26/2007	-	Recusación formulada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados
ATC, Pleno, 16.10.2007	ATC 387/2007	-	Abstención de la Presidenta y el Vicepresidente del Tribunal Constitucional
ATC, Pleno, 22.1.2008	ATC 20/2008	-	Abstención del Magistrado Eugeni Gay Montalvo
ATC, Pleno, 12.3.2008	ATC 81/2008	-	Recusación formulada por el Abogado General del Estado
STC, 1ª, 26.9.1988	STC 164/1988	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	Jesús Alfaro Matos (recurso de amparo)
STC, 1ª, 17.1.2005	STC 9/2005	Javier Delgado Barrio	Metalibérica, S.A. (recurso de amparo)
ATC, 1ª, 9.5.2005	ATC 178/2005	-	Abstención del Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel
ATC, 1ª, 25.10.2005	ATC 380/2005	-	Abstención del Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel
STC, 2ª, 19.4.1993	STC 119/1993	Carles Viver Pi-Sunyer	Vida Sana, S.A. (recurso de amparo)
STC, 2ª, 27.9.1999	STC 162/1999	Tomás Vives Antón	Juan Hormaechea Cazón (recurso de amparo)

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Asunto</i>
ATS, Sala Especial, 16.12.1997	RJ 1998\930	José Luis Bermúdez de la Fuente	Recusación de Magistrados de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo
ATS, Sala Especial, 18.6.2004	JUR 2004\191125	José Luis Gil Sáez	Abstención del Presidente del Tribunal Supremo
ATS, Sala Especial, 20.6.2005	RJ 2007\6433	Joaquín Samper Juan	Abstención de Magistrado de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo
ATS, Sala Especial, 20.6.2005	RJ 2007\6449	Joaquín Samper Juan	Abstención de Magistrado de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo
STS, Sala 1ª, Sección 1ª, 22.1.2004	RJ 2004\389	Xavier O'Callaghan Muñoz	Recusación del Presidente de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid
STS, Sala 1ª, Sección 1ª, 28.9.2006	RJ 2006\7526	Xavier O'Callaghan Muñoz	Recusación de Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya
ATS, Sala 1ª, Sección 1ª, 3.6.2008	RJ 2008\4172	Juan Antonio Xiol Ríos	Abstención de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia
ATS, Sala 1ª, Sección 1ª, 3.6.2008	RJ 2008\5554	Juan Antonio Xiol Ríos	Abstención de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia
STS, 2ª, 28.6.1982	RJ 1982\3581	Luis Vivas Marzal	Recusación de Magistrados de la Audiencia de Valencia
STS, Sala 2ª, Sección 1ª, 23.1.2007	RJ 2007\1813	Joaquín Delgado García	Recusación de Magistrados de la Audiencia Provincial de Cádiz
STS, Sala 3ª, Sección 6ª, 3.7.2003	RJ 2003\5430	José Manuel Sieira Míguez	Impugnación del artículo 24.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de Abogacía Española
ATS, Sala 4ª, 10.11.1999	RJ 1999\9826	Arturo Fernández López	Recusación de Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Asunto</i>
ATSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24.5.2007	AS 2007\2684	Félix Azón Vilas	Abstención del Magistrado-Juez de un Juzgado de lo Social
ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo	RJ 2007\637	José Flors Maties	Abstención de los Magistrados de la Sección Décima de la Audiencia

Civil y Penal, Sección 1ª, 27.6.2006			Provincial de Valencia
ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3.4.2008	JUR 2008\198049	Juan Montero Aroca	Abstención de los Magistrados de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia
STSJ Extremadura, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25.9.2003	AS 2004\34	Alfredo García-Tenorio Bejarano	
ATSJ Murcia, Sala de lo Social, Sección 1ª, 17.1.2005	JUR 2005\37909	José Abellán Murcia	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia
ATSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22.6.2007	JUR 2008\36423	José Antonio Álvarez Caperochipi	Abstención de los Magistrados de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra

Sentencias de Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Asunto</i>
AAP A Coruña, Civil 4ª, 9.6.2006	AC 2006\1326	Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández	Recusación del Juez del Juzgado de Primera Instancia de Arzúa
AAP Asturias, Civil 1ª, 19.3.2004	JUR 2004\112445	Rafael Martín del Peso	Abstención del Juez del Juzgado de Primera Instancia de Castropol
SAP Asturias, Penal 2ª, 12.5.2005	JUR 2005\128378	Antonio Lanzos Robles	Recusación del Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís
AAP Barcelona, Civil 1ª, 17.5.2006	JUR\2006\260106	María Dolores Portella Lluch	Recusación de un Magistrado-Juez de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona
AAP Barcelona, Penal 5ª, 1.4.2004	JUR 2004\154176	Carlos González Zorrilla	Abstención del Magistrado-Juez de un Juzgado de Instrucción
AAP Barcelona, Penal 5ª, 13.5.2005	JUR 2005\169983	Augusto Morales Limia	Abstención del Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Vilafranca del Penedés
AAP Barcelona, Civil 14ª, 19.1.2006	AC 2006\126	Marta Font Marquina	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona
AAP Barcelona, Civil 19ª, 20.5.2004	AC 2004\1522	Miguel Julián Collado Nuño	Abstención de Magistrada de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona
AAP Castellón, Civil 1ª, 9.9.2005	JUR 2005\253148	Aurora de Diego González	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Castellón
AAP Granada, Civil 4ª, 23.7.2004	JUR 2004\255861	Moisés Lazuen Alcón	Abstención del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada
AAP Guadalajara, Civil 1ª, 30.12.2005	JUR 2006\33868	Isabel Serrano Frías	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia

			número 4 de Guadalajara
AAP Islas Baleares, Civil 3ª, 6.4.2005	JUR 2005\102899	Catalina María Moragues Vidal	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma
AAP Jaén, Civil 3ª, 30.4.2008	JUR 2008\233792	Jesús María Passolas Morales	Abstención del Magistrado-Juez de un Juzgado de Primera Instancia de Jaén
AAP La Rioja, Civil 1ª, 6.10.2005	JUR 2005\236314	José Félix Mota Bello	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño
AAP La Rioja, Civil 1ª, 18.12.2006	AC 2006\2097	José Félix Mota Bello	Recusación de Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja
AAP La Rioja, Civil 1ª, 4.5.2007	JUR 2005\261655	Alfonso Santisteban Ruiz	Abstención del Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Calahorra
AAP Las Palmas, Civil 4ª, 12.4.2006	AC 2006\904	Víctor Caba Villarejo	Abstención del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas
AAP Lleida, Penal 1ª, 10.5.2005	JUR 2005\170290	Francisco Segura Sancho	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número 2 de Lleida
SAP Madrid, Penal 3ª, 14.6.2004	JUR 2004\226671	Juan Pelayo García Llamas	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid
AAP Madrid, Civil 14ª, 21.10.2004	AC 2004\1910	Pablo Quecedo Aracil	Abstención del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Leganés
AAP Madrid, Civil 21ª, 4.10.2005	JUR 2005\252502	Ramón Belo González	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Torrejón de Ardoz
AAP Madrid, Civil 24ª, 21.2.2007	AC 2007\1763	Ángel Sánchez Franco	Abstención de la Magistrada-Juez de un Juzgado de Primera Instancia
AAP Murcia, Civil 3ª, 21.12.2005	JUR 2007\35712	Juan Martínez Pérez	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia
AAP Sevilla, Penal 4ª, 13.7.2004	JUR 2004\256846	Enrique García López-Corchado	Abstención de la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número 9 de Sevilla
AAP Sevilla, Civil 5ª, 11.5.2004	JUR 2004\199649	Conrado Gallardo Correa	Abstención del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia
AAP Toledo, Civil 1ª, 14.2.2007	JUR 2007\239125	Gema Adoración Ocariz Azaustre	Abstención del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Talavera de la Reina

9. Bibliografía

Vicente GIMENO SENDRA (Director) (2007), *Proceso Civil Práctico*, La Ley, Madrid.

Miguel GUTIÉRREZ CARBONELL y Sonia CALAZA LÓPEZ (2007), “Abstención y recusación”, en Vicente GIMENO SENDRA (Director), *Proceso Civil Práctico*, t. II, La Ley, Madrid.

Vicente MAGRO SERVET (2008), “De la abstención y la recusación”, en Juan Antonio XIOL RÍOS (Coordinador), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, t. I, SEPIN, Madrid.

Juan Antonio XIOL RÍOS (Coordinador) (2008), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, SEPIN, Madrid.